Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

REGINALD SCHULTZ

aus Berlin

1939

Buchdruckerei J. Särchen, Baruth/Mark-Berlin

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 15. Dezember 1937

Berichterstatter: Professor Dr. Schultz-Schaeffer

Mitberichterstatter: Professor Dr. Boehmer

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Dezember 1937

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547922_0053

Inhaltsübersicht

Seite

Vorbemerkung 12

Erster Teil: Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß 13

I. Die Entwicklung im römischen Recht 13

II. Die Entwicklung im Gemeinen Recht 14
1. Die Entwicklung bis Jhering 14
2. Jherings Lehre 15
3. Die Wissenschaft nach Jherings Lehre 18
4. Verschulden beim Abschluß gültiger Verträge 19

III. Landesgesetzliche Kodifikationen 20

IV. Die auf der bisherigen Entwicklung beruhenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs 21

V. Die Entwicklung seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches 24
1. Die Haftung aus unerlaubter Handlung 24
2. Die ersten Versuche zur Begründung einer rechtsgeschäftlichen Haftung durch Umdeutung des Verschuldens beim Vertragsschluß in ein Verschulden bei Vertragserfüllung 26
a) Die dauernde Geschäftsverbindung oder vorwegbestehende Nebenpflichten aus dem später abgeschlossenen Vertrage als Haftungsgrundlage 27
b) Die vorbereitenden Verträge als Haftungsgrundlage 29
c) Die Lehre Krückmanns 30
3. Begründung der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß aus dem abgeschlossenen Vertrag 31
a) Fr. Leonhards Lehre 31
b) Stellungnahme der Rechtsprechung und Wissenschaft . . 36
4. Das gesetzliche Schuldverhältnis als Grundlage der Haftung . 42
a) Die gesetzlichen Erkundigungs- und Anzeigepflichten und ihre analoge Anwendung 42
b) Das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlung 46
aa) Anfänge dieser Rechtskonstruktion 46
bb) v. Tuhr als Schöpfer des Begriffs 48
cc) Erweiterung durch Stoll 50
dd) Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung 53
ee) Steinberg und Hildebrandt 53
ff) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 55
a) Grundlegende Entscheidungen 55
b) Die ständige Praxis 58

Zweiter Teil: Zusammenfassende Darstellung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß 60

I. 1. Die auf das Prinzip der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß zurückzuführenden Bestimmungen der geltenden Rechtsordnung 60

Seite

2. Die Begründung des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen aus dem Gesetz 63
3. Die rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses 64
4. Die sich aus dem Rechtsverhältnis ergebenden Pflichten . . . 66
5. Beginn und Ende des Rechtsverhältnisses 69

II. Die Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß und die nationalsozialistische Rechtsauffassung 71

III. Besondere Probleme 73
1. Das zu vertretende Verhalten 73
a) § 276 BGB. als grundsätzlicher Haftungsmaßstab 73
b) Einschränkungen und Erweiterungen 75
c) Haftung für Erfüllungsgehilfen 77
d) Mitwirkendes Verschulden 81
2. Die Höhe des zu ersetzenden Schadens 82
3. Haftung für culpa in contrahendo und Gewährleistungsansprüche 85
4. Verjährung 87

Dritter Teil: Die Lehre vom Verschulden bei Vertragsverhandlungen im künftigen Recht 88

Schrifttum

Alsberg: Die Haftung des Bankiers für Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren, in Holheims Mschr. 1906, 321 ff.

Bähr: Über Irrungen im Kontrahieren, in JherJ. 14, 393 ff.

Berger: Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen. (Ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo de lege lata und de lege ferenda). Diss. Göttingen, 1935.

Bogusch: Die neuere Entwicklung der Lehre von der culpa in contrahendo. Diss. Königsberg 1928.

Brecht: System der Vertragshaftung, in JherJ. 53, 213 ff.

Brenner: Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts (Frankf. Diss. 1926).

Brückner: Die Haftpflicht derjenigen, welche die ihrer Verfügung unterstehenden Räume dem öffentlichen Verkehr gewidmet haben, für die ordnungsmäßige und verkehrssichere Beschaffenheit dieser Räume. DJZ. 1905, S. 329 ff.

Cohen: Zur Culpa in contrahendo. JW. 1916, 373 ff.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. (Allgemeine Lehren und Schuldrecht). Bd. I, 8. Aufl. 1927.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902, II. Bd.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. II. 1. 3. Aufl. 1905.

— Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. 1897. Bd. II. 5. Aufl.

— Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens. 1902. 3. Aufl. 1906.

— System des römischen Privatrechts. 8. Aufl. 1912.

— Pandekten. Bd. II. 4. Aufl. 1894.

Dölle: Vom alten zum neuen Schuldrecht. DJZ. 1934, S. 1016 ff.

Dömpke: Die Grundlage und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen. 1933.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. Bd. I. 3. Aufl. 1930.

— Das Handelsgesetzbuch. Bd. V. 1. 3. Aufl. 1932.

Ebbecke: Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen im Unterschiede von rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verpflichtungen. JherJ. 71, 346 ff.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Gruch 43, S. 305 ff.

Eichhorn: Die Haftung des Notars für Versehen des Bürovorstehers. DNotVZ. 1901, 325 ff.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. Bd. I. 1899.

Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Aufl. 1900.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Bd. I. 2. 6./8. Aufl. 1912.
Bd. I. 2. 18./22. Aufl. 1923.
Bd. I. (Nipperdey) 1931.
Bd. II (Lehmann) 1932.

Faber: Die Haftung des Vertretenen für das Verschulden des Stellvertreters beim Vertragsschluß. Diss. Tübingen 1926.

Feder: Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1902.
Fischbach: Vorbereitende Rechtsverhältnisse. ArchBürgR. 41, 160 ff.
Fischer-Henle (Ebert): Bürgerliches Gesetzbuch (Handausgabe). 13. Aufl. 1927.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. I. Bd. 7. Aufl. 1896.
Freisler: Recht, Richter und Gesetz. D.J. 1933, S. 694 ff.
Fürst: Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften. LZ. 1910, S. 177 ff.
Geppert: Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß. Gruch. 69, 529 ff.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 2. Aufl. 1903.
Hachenburg: Anmerkung zu RG. in JW. 1916, S. 116.
Heck: Grundriß des Schuldrechts. 1929.
Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln (Eine Gefahr für Recht und Staat). 1933.
— Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1931.
Heldrich: Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung. 1924.
Herholz: Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung. Arch.-ZivPr. 130, 257 ff.
Heuß: Verschulden bei Vertragsschluß, insbesondere beim Viehkauf. DR. 1933, 221 ff.
Hildebrandt: Erklärungshaftung. 1931.
Höhn: Gemeinschaft als Rechtsprinzip. DR. 1935, S. 301 ff.
— Allgemeines Schuldrecht (Lehrbuch). 1934.
Jhering: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. 1867.
— Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. JherJ. 4, 1 ff.
Jordan: Besprechung von Hildebrandt: Erklärungshaftung. RadRechtspr. 1932, 19.
Josef: Erfüllungsgehilfen bei Vorverhandlungen. Recht 1916, S. 473.
Jung: Bürgerliches Recht. 1931.
Karplus: Handbuch des englischen Privatrechts. 1917.
Klein: Das negative Vertragsinteresse im gemeinen Recht und in dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Heidelberg, Diss. 1933.
— Zur Lehre vom negativen Interesse. SeuffBl. 72, 140 ff.
— Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse. DJZ. 1906, S. 596.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Habilitationsschrift Jena 1900.
Koch: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. I. Teil. 8. Aufl. 1884.
Koeppen: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. JherJ. 11, 139 ff.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1929.
Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß; zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz. ArchZiv.-Pr. 101, 1 ff.
— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. JherJ. 59, 233 ff.
Kuhlenbeck: Zum Schadensersatz aus Geschäftsabschlüssen mit heimlichen Geisteskranken. BankArch. 1905/06, S. 285.
— Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse (§ 153 BGB.). DJZ. 1905, 1142.
— Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II, 1899.

Kunkel: Besprechung von Heldrich: Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, in SavignyZtschr.Roman.Abt. 46, 433.

Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht. 1934.

— Die Vertragstreue. D. Recht, 1934, 531 ff.

— Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht. 1933.

Larenz: Die Wandlung des Vertragsbegriffs. D. Recht, 1935, 488 ff.

Lenel: Praktikum des Bürgerlichen Rechts. 11. Aufl. 1929.

Fr. Leonhard: Verschulden beim Vertragsschlusse. 1910.

— Die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß 1896.

— Allgemeines Schuldrecht des BGB. Bd. I. 1929.

Levy: Glosse zu RG. in JW. 1922, 1313.

Löwenwarter: Culpa in contrahendo. JW. 1921, 1307.

Manigk: Besprechung von Hildebrandt: Erklärungshaftung. DJZ. 1932, S. 562.

Manigk: Das Wesen des Vertragsschlusses in der neuen Rechtsprechung (Beiträge zur Lehre von Konsens und Dissens). JherJ. 75, 127 ff.

Meisner: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1898.

Melliger: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und Obligationenrecht. Diss. 1896.

Mommsen, Fr.: Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, in: Erörterungen aus dem Obligationsrecht. Heft 2, 1879.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Mühlich: Begrenzung und Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) unter besonderer Berücksichtigung des Stellvertretungsproblems. Diss. Leipzig 1933.

Niemann: Verschulden bei Vertragsschluß (culpa in contrahendo) in: Rechtsfragen der Praxis. 1932, Bd. 51—56.

Oertmann: Allgemeiner Teil. Bd. I, 3. Aufl. 1927.

— Recht der Schuldverhältnisse. Bd. II. 2. 5. Aufl. 1929.

— Recht der Schuldverhältnisse. Bd. II. 1. 5. Aufl. 1928. (3. u. 4. Aufl. 1910). (2. Aufl. 1906).

— Bemerkungen zur Frage der Haftung bei einem wegen Mißverständnis nicht zustandegekommenen Vertrage. ArchZivPr. 121, 122.

— Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse, insbesondere für Verschulden des Bestellers beim Abschluß des Werkvertrages. LZ. 1914, 513.

— Anmerkung zu RG. in JW. 1919, 35.

Ostwald: Der Erfüllungsdiener. Eine Studie vornehmlich zu den §§ 278, 831 BGB. mit Ausblicken auf das soziale Arbeitsrecht. 1920.

Planck: Recht der Schuldverhältnisse. Bd. II. 3. Aufl. 1907. 4. Aufl. 1914.

— Allgemeiner Teil. 4. Aufl. 1913.

Plum: Keine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bei Sachmängeln? JW. 1935, 1328.

Protokolle des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Rabel: Der sogen. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht. Z. f. schweiz. Recht. Bd. 27 N. F. S. 291 ff.

Raiser: Bemerkungen zu RG. in JW. 1928, 2636.

— Schadenshaftung bei verstecktem Dissens. ArchZivPr. 127, 1 ff.

Regelsberger: Gesetz und Rechtsanwendung. JherJ. 58, 146 ff.

RGRK.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. I. 8. Aufl. 1934.
Bd. II. 8. Aufl. 1934.

Reuter: Besprechung zu Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht. 1935, S. 685.
Richelmann: Der Einfluß des Irrtums auf Verträge. 1837.
Richter: Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen. JW. 1921, 664.
Riehl: Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist der Vertreter. Gruch. 50, 790 ff., 897 ff.
Roth: Vertragsfreiheit und formularmäßige Abdingung gesetzlicher Gewährleistung. JW. 1936, 2897.
Rühl: Bericht über das zivilrechtliche Schrifttum des Jahres 1931. Gruch. 72, 110 ff.
Rümelin: Schadensersatz ohne Verschulden. 1910.
Savigny: System des heutigen Römischen Rechts. Bd. III. 1840.
Scheurl: Vertragsabschluß unter Abwesenden. JherJ. 2, 249 ff.
Schneider: Schadensersatz und Genugtuung. D. Recht. 1936, 422 f.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Scholz: Verschulden beim Vertragsschluß. Diss. Göttingen 1930.
Schönwald: Verschulden beim Vertragsschluß. Breslauer Diss. 1924.
Schütz: Die Haftung für Verschulden von Gehilfen nach BGB. Diss. Jena 1901.
Schweppe: Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. Bd. III. 1831.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. JherJ. 70, 223 ff.
— Grundriß des deutschen Bürgerlichen Rechts. Schuldrecht. 1931.
Siebert: Auflockerung und Umbruch im bürgerlichen Recht. Deutsches Recht. 1935, 56.
— Gemeinschaft und Bürgerliches Recht. Deutsches Recht. 1934, 303 ff.
Simonius: Über den Ersatz des „aus dem Dahinfallen des Vertrages" erwachsenen Schadens. Z. f. Schweiz. Recht. Bd. 37. N. F.
Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. Bd. II. 1868. 3. Aufl.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I. 5. Aufl. 1931.
Sohm-Mittels-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 1930.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12../13. Aufl. 1926. Bd. III.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7./8. Aufl. Bd. I. 1912.
— Recht der Schuldverhältnisse. Bd. II. 1. 4. Aufl. 1930.
— Allgemeiner Teil. 10. Aufl. 1936. 9. Aufl. 1925.
— Recht der Schuldverhältnisse. Bd. II. 1. 7./8. Aufl. 1912.
Steinberg: Die Haftung für culpa in contrahendo. 1930.
Stoll zu Reichsgericht in JW. 1927, 1086, Nr. 4.
— Vertrag und Unrecht. 1936.
— zu RG. JW. 1928, 1285.
— zu Hildebrandt: Erklärungshaftung. JW. 1933, 34 ff.
— Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen. LZ. 1923, S. 532 ff.
— Die Lehre von den Leistungsstörungen. Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht, in Schriften der Akademie für Deutsches Recht. 1936.
Titze: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1932.
— Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht. 1900.
— Das Verschulden beim Vertragsschluß. DJZ. 1925, S. 490.

— Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen. JherJ. 47, 379.
— Verschulden beim Vertragsschluß. (Handwörterbuch der Rechtswissenschaften v. Stier-Somlo). 1929, Bd. VI, S. 516 ff.
— Besprechung von Steinberg: Die Haftung für culpa in contrahendo. JW. 1931, 512.

v. Tuhr: Schadensersatz bei Dissens. ArchZivPr. 121, 359 ff.
— Die neue Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch. DJZ. 01, 471 ff.
— Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1. 1914.

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Bd. I. 7. Aufl. 1863.

Wächter: Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts. Bd. III. 1842.

Walsmann: zu v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, in ZHR. 84, 214 ff.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. 2. Aufl. 1930.

Weidenbaum: Zur Haftung für Verschulden bei Kaufabschluß. LZ. 1933, 370.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 9. Aufl. 1906.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 4. Aufl. 1875.

Würdinger: Das subjektive Recht im Privatrecht, in: Deutsches Recht. 1935, 492 ff.

Vorbemerkung.

Der Titel dieser Arbeit könnte auf den ersten Blick zu der Frage verleiten: Wozu noch ein Beitrag zur Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß? Dem, der diese Frage aufwirft, ist aber folgendes entgegenzuhalten: Die Arbeit soll nicht den Zweck haben, die Streitigkeiten über diesen oder jenen Punkt aufs neue zu fördern. Sie soll vielmehr durch eingehende Darstellung der Entwicklung der Lehre nachweisen, wie allmählich Wissenschaft und Rechtsprechung den gesetzlich nicht festgelegten Begriff der culpa in contrahendo entwickelt haben. Gerade um die Abkehr von dem starren römisch-rechtlichen Denken besonders klar zum Ausdruck zu bringen, war es auch notwendig, die Entwicklung im römischen und gemeinen Recht zu schildern. Ohne eine umfassende Kenntnis der gesamten Lehre ist es auch nicht möglich, zu ihr vom Standpunkt der nationalsozialistischen Rechtsauffassung Stellung zu nehmen. Gerade das aber soll eine der Aufgaben dieser Abhandlung sein.

An Hand der vorliegenden Darstellung wird man klar erkennen, daß es heute durchaus nicht notwendig ist, mit allem Herkommen zu brechen, sondern daß Rechtsprechung und Wissenschaft seit Bestehen des Bürgerlichen Gesetzbuches mehr und mehr unter Abkehr vom Individualismus den Gemeinschaftsgedanken haben in den Vordergrund treten lassen, und daß somit auch im nationalsozialistischen Staate ein Weiterbauen auf dem historisch Gewordenen sehr gut möglich ist.

Erster Teil.

Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß.

I. Die Entwicklung im römischen Recht.

Die Prüfung der Frage, ob das römische Recht die Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß kannte, erfordert eine eingehende Untersuchung der Quellen. Aufgabe dieser Abhandlung kann aber nicht eine romanistische Forschung sein, wenn der Entwicklung der Lehre im geltenden Recht breiterer Raum gewährt werden soll. Die Erörterungen über das römische Recht beschränken sich deshalb auf die Wiedergabe der Ergebnisse der neuesten Untersuchungen von Heldrich und Kunkel.

Nach Ansicht von Heldrich[1]) gab es im klassischen römischen Recht grundsätzlich keine vertragliche Haftung für vorvertragliches Verschulden. Nach ihm haftete der schuldige Teil höchstens ex delicto, also in der Regel mit der actio de dolo, das klassische römische Recht kenne keine culpa in contrahendo, sondern höchstens einen dolus in contrahendo[2]). Von diesem Grundsatz, daß es im klassischen Recht keine vertragliche Haftung für vorvertragliches Verschulden gebe, bestehe aber doch eine Ausnahme, nämlich für die Haftung des Verkäufers für doloses Verschweigen von Mängeln der Kaufsache. Nur in diesem einen Falle habe das Verkehrsbedürfnis die Kaufklage erzwungen. Es gebe daher nur in diesem besonderen Falle eine Haftung aus dem Vertrage. Dagegen hätten erst die Kompilatoren anstelle der actio de dolo, die sie wegen ihrer diffamierenden Wirkung zu vermeiden suchten[3]), dem durch ein Verhalten bei Vertragsschluß Geschädigten die Möglichkeit gegeben, mit der betreffenden Vertragsklage Schadensersatz zu verlangen, ohne den logischen Widerspruch einer vertraglichen Haftung für vorvertragliche schuldhafte Handlung zu beachten. Byzantinisch seien auch die wenigen Stellen, die über den dolus hinaus eine culpa in contrahendo als Haftungsgrundlage zuließen.

Eine andere Ansicht dagegen vertritt Kunkel[4]), der sich dem Ergebnis von Heldrich nur teilweise anschließt. Er glaubt nämlich feststellen zu können, daß schon die klassischen Juristen aus dem Gesichtspunkt der bona fides heraus eine vertragliche Haftung zugelassen hätten; jedoch nur da, wo die bona fides in der Klagformel berücksichtigt werden konnte.

1) Verschulden beim Vertragsschluß, 1924, S. 3.
2) Heldrich, S. 39.
3) Heldrich, S. 1.
4) Savigny-Z. 46 (Roman. Abt.), S. 433.

II. Die Entwicklung im gemeinen Recht.

1. Entwicklung bis Ihering.

Im gemeinen Recht wurde die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß besonders bei nichtigen und nicht zustandegekommenen Verträgen behandelt. Die Lösung dieses Problems wurde auf verschiedene Weise versucht. Es ist hier nicht möglich, eine eingehende Darstellung der einzelnen Theorien des gemeinen Rechts zu geben, aber es soll versucht werden, die hauptsächlichen Lehren über die culpa in contrahendo im gemeinen Recht in ihren Grundzügen zu bringen. Fragen wir zunächst: Wie kam es, daß im gemeinen Recht die verschiedensten Lehrmeinungen über die culpa in contrahendo entstehen konnten? Wie oben gezeigt wurde[5]), war in der klassischen Zeit die Kontraktsklage bei kontraktlichem Verschulden gegeben. Gleichgültig war bei der actio de dolo, ob ein gültiger Vertrag zustandegekommen war, während die Kontraktsklage grundsätzlich von dem Zustandekommen eines Vertrages abhängig gemacht werden mußte[6]). Die Bzyantiner scheuten sich aber nicht, die Kontraktsklage auch bei nichtigem Vertrage eintreten zu lassen (vgl. insbes. D. 18 L. 62, 1). Dies war die Folge davon, daß sie sich vom Aktionensystem losgesagt hatten. Sie wollten jedem, der einen Anspruch hatte, auch ohne weiteres eine Klage zur Verfügung stellen, damit er seinen Anspruch durchsetzen könne. Welche actio gegeben war, ist gleichgültig geworden. Nur ein Rechtsverhältnis mußte vorhanden sein; was für ein Rechtsverhältnis das sein sollte, darüber schweigen die Digesten. Sie wollten nur in den Fällen des vorvertraglichen Verschuldens auch bei nichtigen Verträgen helfen; dabei zerbrachen sie sich nicht den Kopf über die juristische Grundlage des Schadensersatzanspruches. Aus dieser Unklarheit, die den römischen Quellen innewohnt, konnten sich im gemeinen Recht die verschiedensten Lehrmeinungen über das Verschulden beim Vertragsschluß entwickeln[7]).

Nach einer älteren gemeinrechtlichen Lehre wurde die actio legis Aquiliae auf jede verschuldete Schadenszufügung, die nicht Sachbeschädigung ist, ausgedehnt[8]). Mithin wurde für Verschulden beim Vertragsschluß nach der actio legis Aquiliae gehaftet. Voraussetzung der actio legis Aquiliae ist Verschulden des Beklagten, sei es dolus, sei es culpa levis. Die spätere gemeinrechtliche Lehre faßt den Deliktsbegriff enger und scheidet die actio legis Aquiliae aus, soweit es sich um bloße Vermögensbeschädigung handelt. Hier war dann nur die actio doli gegeben. Ob hier dolus und culpa lata gleichgesetzt wurde, ist streitig. Nach der älteren Doktrin wurde es bejaht[9]). Viele andere lassen die Gleichstellung nur bei kontraktlichen Verhältnissen[10]), nicht aber für ein außerkontraktliches Verhalten zu.

Eine andere Ansicht vertritt Scheurl[11]). Er behandelt vor allem die Fälle, in denen der Vertrag wegen Widerrufs der Offerte nicht zustandekommt. Er erblickt in jedem Vertragsantrag zugleich einen Auftrag zur Erfüllungstätigkeit und kommt demgemäß zu folgendem

5) Siehe oben S. 13.
6) Heldrich, S. 40.
7) Steinberg 1930: Die Haftung für culpa in contrahendo, S. 14.
8) Dernburg, Pandekten 1894. Bd II § 10 Anm. 10.
9) Dernburg, System des römischen Rechts. Bd. II, 1912, § 293 Anm. 5.
10) JherJ. 4, 12.
11) JherJ. 2, 248 ff.

Ergebnis: Ist die Offerte auf ein facere gerichtet, dann kommen die Grundsätze des Mandats zur Anwendung, wenn der Empfänger vor dem Widerruf gehandelt hat.

Schweppe[12]) meint bei der Darstellung der Nichtigkeit von Verträgen wegen wesentlichen Irrtums, daß derjenige, der dolo oder culpa zur Nichtigkeit eines Vertrages wegen Irrtums Anlaß gegeben habe, dem Vertragsgegner Schadensersatz leisten müsse. Eine Begründung dieser Ansicht gibt er nur durch Berufung auf „allgemeine Grundsätze". Welche „allgemeinen Grundsätze" er aber darunter versteht, sagt er nicht. Klein[13]) führt dagegen aus, daß unter den allgemeinen Grundsätzen nur die actio doli und die actio legis Aquiliae verstanden sein könnten.

Nach Richelmanns Ansicht[14]) fällt, wenn ein Vertrag beabsichtigt, aber nicht gültig abgeschlossen wird, nur der Hauptzweck fort. Dieser Zweck ist die Erfüllung des Vertrages gewesen; die Ersatzklage „aus dem Geschäft" aber ist gegeben, wenn ein Verschulden auf Seiten des Schädigers vorliegt. Er erkennt also, daß eine außerkontraktliche Haftung nicht ausreicht und gibt daher die Klage „aus dem Geschäft". Merkwürdigerweise blieb sein ganz neuer Gesichtspunkt: „Vertragsklage aus nichtigem Geschäft," in der Wissenschaft beinahe unbeachtet.

Savigny[15]) lehnt die Haftung mit dem Hinweis darauf ab, daß die culpa gar nicht allgemein eine causa obligationis sei. Nur wo ein wirklicher Vertrag vorhanden ist, ist dieser Vertrag eine causa obligationis, die bei hinzutretender culpa Grundlage eines Schadensersatzanspruches werden kann.

Wächter[16]) sagt, die Folge des wesentlichen Irrtums sei Nichtigkeit des Geschäfts. Er erkennt aber die Möglichkeit der Kontraktsklage aus der besonderen Garantie, welche der Versprechende gegeben hat, an, lehnt dagegen Richelmanns Ansicht ab, der in einem solchen Falle die Ersatzklage auf culpa des Beklagten gründen wollte.

Man kann also bisher sagen: Im gemeinen Recht wurde eine vertragliche Haftung für culpa in contrahendo bis zu Jherings[17]) Schrift entweder ganz abgelehnt oder nur für einen sehr geringen Kreis von Fällen oder ohne hinreichende Begründung angenommen.

2. Jherings Lehre.

Gerade Jherings Abhandlung[18]) die 1861 erschien, ist für die Lehre der culpa in contrahendo bahnbrechend geworden. Sie war der eigentliche Ausgangspunkt der gesamten Lehre. Hier wurde zum ersten Male wirklich eingehend über sie geschrieben.

Jhering behandelt den Schadensersatz bei nichtigen und nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. Wie er selbst sagt, stellt er seine Überlegung im Anschluß an praktische Fälle an, in denen das Ergebnis der bisherigen Ansicht unbillig erschien. Als Beispiel gibt er: Es will jemand 100 Pfund von einer Ware bestellen, verwechselt aber das Pfund- mit dem Zentnerzeichen. Als die Ware ankommt, wird sie zurückgewiesen.

12) Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. Bd. III, S. 110.
13) W. F. R. Klein, Das negative Vertragsinteresse. Diss. 1903, S. 12.
14) Der Einfluß des Irrtums auf Verträge, 1837, S. 129 ff.
15) System des heutigen römischen Rechts. Bd. III, § 138 Anm. S. 295 (1840).
16) Württembergisches Privatrecht. Bd. II, S. 749 (1842).
17) JherJ. 4, 1 ff.
18) JherJ. 4, 1 ff.

Dieser Vertrag ist nach gemeinem Recht nichtig. Das Rechtsgefühl fordert aber, daß der schuldhaft handelnde Besteller dem andern für den durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages entstandenen Schaden haftet.

Jhering versucht nun in seiner Abhandlung eine kontraktliche Haftung für alle Fälle der nichtigen und nicht zur Perfektion gelangten Verträge zu konstruieren. Seine Lehre baut sich auf folgende Stellen des Corpus Juris auf:

1. Inst. 3, 23 § 5.
2. D. 11, 7. 8, 1.
3. D. 18, 4 L. 8 und 9.

Die Stellen behandeln den Verkauf einer res extra commercium und den Verkauf einer nicht existierenden Erbschaft. Diese Kaufverträge waren nach römischem Recht nichtig. Sie würden heute in das Gebiet der Unmöglichkeit fallen und gemäß § 307 bzw. § 309 i. Verb. mit § 134 BGB. gleichfalls nichtig sein. Jhering kommt bei der Untersuchung dieser Quellenstellen zur Feststellung folgender wichtigen Tatbestandsmerkmale: Ein äußerer Abschluß eines Kaufvertrages liegt vor. Der Vertrag selbst ist aber nichtig wegen eines das verkaufte Objekt betreffenden Mangels und zwar in dem einen Falle wegen mangelnder Verkehrsfähigkeit, in dem andern Falle wegen mangelnder Existenz (res extra commercium bzw. nicht existierende Erbschaft). Weiterhin stellt er noch ein wesentliches Merkmal, nämlich ein Verschulden des Verkäufers, fest, während den Käufer in seiner Unkenntnis kein Verschulden trifft. Mithin hat nur der Käufer einen Anspruch auf Schadensersatz. Diesen Anspruch kann der Käufer mit der Kontraktsklage verfolgen, was in den im Corpus iuris behandelten Fällen ausdrücklich gesagt wird. Warum aber allgemein die Kontraktsklage gegeben wird und wie sich dies mit der Nichtigkeit des Vertrages vereinigen läßt, prüft Jhering in seiner Schrift aus besonderen Gründen, weil dies nämlich ü b e r den Inhalt der Stellen hinausgeht, erst später. Er geht zunächst auf den praktischen Inhalt der Klage ein, weil sich dieser aus den Stellen unmittelbar entnehmen läßt. Mithin wird geprüft, worauf der Anspruch des Käufers gerichtet ist: Um den Kaufpreis zurückzufordern, bedarf es keiner Kontraktsklage; denn dazu genügt die Anwendung der Grundsätze der condictio sine causa. Vielmehr ist der Gegenstand der Klage das Interesse des Käufers.

Zum ersten Male gebraucht Jhering dann die beiden Ausdrücke: positives und negatives Interesse. Wenn der Vertrag nichtig ist, kann nach Jhering nur das negative Interesse vom Verkäufer verlangt werden. Es ist das Interesse am Nichtabschluß des Vertrages zu ersetzen. Mit anderen Worten ausgedrückt: Der Beklagte muß dem Kläger gewähren, was er haben würde, wenn die äußere Tatsache des Vertragsschlusses nicht eingetreten wäre. Er muß ihm also das negative Interesse, den Vertrauensschaden ersetzen.

Hieraus ersieht man, daß dieser Begriff des negativen Interesses mit der Lehre von der culpa in contrahendo im wesentlichen Zusammenhange steht.

Jetzt erst prüft Jhering, warum allgemein nach den Quellen die Kontraktsklage gegeben ist. Daß ein gültiger Vertrag nicht zustandegekommen ist, müßte uns mit Notwendigkeit auf das Gebiet der außer-

kontraktlichen Beschädigung verweisen. Mithin wäre also nur die actio de dolo oder die actio legis Aquiliae gegeben. Beide reichen aber nicht aus. Die actio legis Aquiliae gibt bei sichtbarer Beschädigung äußerer Gegenstände nur einen Ersatzanspruch, während in den genannten Fällen das Vermögen schlechthin geschädigt wird. Die actio de dolo würde dagegen ausreichen, sofern dolus des Schädigers vorliegt; denn sie gibt einen Ersatzanspruch bei jeder Art der Vermögensverletzung. Dann würde es aber nur einen dolus in contrahendo geben, während Jhering eine culpa in contrahendo begründen will. Hieraus ergibt sich dann die Folge, den Gedanken des außerkontraktlichen Charakters der Klage fallen zu lassen. Vielmehr sind die Ersatzklagen vertraglicher Natur. Wie ist dies aber nun möglich, da doch der Vertrag selbst nichtig ist? Jhering sagt hier: „Der Abschluß des Kontrakts erzeugt nicht bloß eine Verpflichtung auf Erfüllung, sondern, wenn diese Wirkung wegen irgendeines rechtlichen Hindernisses ausgeschlossen ist, unter Umständen eine Verpflichtung zum Schadensersatz. Der Ausdruck „Nichtigkeit des Kontrakts" bezeichne nach römischer und heutiger Sprachweise nur die Abwesenheit jener Wirkung, nicht die aller Wirkungen". Damit ist die juristische Möglichkeit der kontraktlichen Schadensersatzpflicht, wie die Quellen sie geben, nachgewiesen.

Zu prüfen wäre aber dann noch: Worauf beruht sie, und ist diese Schadensersatzpflicht auf die Fälle der Quellen beschränkt, oder ist sie auch auf andersgeartete Fälle z. B. Nichtigkeit des Kontrakts wegen Unfähigkeit der Person auszudehnen? Das legislative Moment der Klage ist nach Jhering die culpa. Mit den Quellenstellen (D. 21, 1, 1, 2; 19, 1. 13, 3) sei die culpa abstrakt, also ohne individuelle Umstände zu bestimmen. Weiterhin sei der Gesichtspunkt der culpa von Wichtigkeit; denn dieser gestatte erst die Verallgemeinerung der eben gefundenen Ansicht, die das praktische Bedürfnis erfordert. Mithin verlören aus dem Culpa-Gedanken heraus die Quellenstellen ihre Besonderheit. Die dort gegebenen Klagen nehmen den normalen Charakter einer jeden Schadensersatzklage an.

Jhering faßt nun seine Darlegungen in den Satz zusammen:[19])

> „Das Gebot der kontraktlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Kontraktsverhältnisse, eine Verletzung desselben begründet hier wie dort die Kontraktsklage auf Schadensersatz".

Mithin nimmt Jhering an, daß die Parteien schon während des Abschließens von Verträgen zur Sorgfalt verpflichtet seien, ähnlich als wäre der Vertrag schon geschlossen. Er wandte das aber nur auf die Fälle an, wo aus dieser Unachtsamkeit eine Nichtigkeit des Vertrages entstanden ist, wo also ein Mangel in den Personen, im Gegenstand oder in der Willenserklärung vorlag[20]). Jhering selbst hat später seine Lehre erweitert und auf das Moment der culpa verzichtet[21]). „Die von mir aufgestellte Theorie der culpa in contrahendo wird, indem sie den beschränkten Gedanken des subjektiven Unrechts zugrunde legt, der Idee des Verhältnisses selber nicht gerecht und meine Formulierung wird gewiß durch eine weitere objektivere ersetzt werden"[22]).

19) JherJ. 4, 52.
20) JherJ. 4, 56 ff.
21) Jhering, Schuldmoment im römischen Privatrecht. 1867. S. 38 Anm. 73.
22) Ähnlich wie Jhering sagt Koeppen (JherJ. 11, 283), daß bei mangelnder Einigung zwar nicht das Rechtsverhältnis zur Entstehung komme, wohl aber der Vertrag geschlossen sei, der dann bei hinzutretender culpa zum Schadensersatz verpflichten könne.

Uneingeschränkt auf Jherings Standpunkt steht Vangerow[23]), der sich sowohl mit der quellenmäßigen Fundierung der Theorie wie auch mit ihrer Ausgestaltung im einzelnen einverstanden erklärt.

3. Die Wissenschaft nach Jherings Lehre.

Die auf Jhering folgenden Schriftsteller hier nur zu streifen, ist durchaus berechtigt; denn eine Fortbildung und Ausbildung der Jheringschen Lehre ist im gemeinen Recht kaum noch zu bemerken.

Windscheid[24]) stellt in seinem Pandektenlehrbuch den allgemeinen Grundsatz auf: „daß jeder Vertragschließende einstehen muß für die nachteiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf den Erwerb eines Forderungsrechts aus dem Vertrag, insofern dieser Erwerb durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist". Mithin ist Windscheid mit Jhering darüber einig, daß für den entstandenen Schaden gehaftet werden muß; eine Abänderung besteht lediglich darin, daß er das Erfordernis einer culpa von Anfang an fallen gelassen hat. In den früheren Auflagen[25]) stützt er die Haftung auf eine stillschweigende Garantieübernahme. Als sich andere hiergegen wandten, gab Windscheid diese Meinung wieder auf. Später gründet er dann die Entschädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung nicht auf seinen Willen, sondern entnimmt diese dem Recht unmittelbar ohne Rücksicht auf den Willen des Erklärenden.

Bähr[26]) meint, der Satz, wo kein geeigneter Wille vorhanden gewesen sei, sei kein Vertrag zustande gekommen, habe keine volle Berechtigung, wenn dabei lediglich der innere Wille als entscheidend angesehen werde. Vielmehr legt er außer auf diesen inneren Willen das Schwergewicht auf die äußere Erklärung. Jeder Vertragschließende müsse sich sagen, daß sein innerer Wille von den Gegnern nur nach seiner äußeren Erscheinung bemessen werden könne. Da nun bei den Vertragsverhandlungen der Gegner veranlaßt werde, auf Grund dieser Erscheinung ein Rechtsverhältnis einzugehen, willige er auch darin ein, daß diese äußere Erscheinung seines Willens als für dieses Rechtsverhältnis maßgebend angesehen werde. Dies berechtige und der Schutz des bona fide-Verkehrs nötige, den Willen eventuell mittels einer Fiktion an seine Erscheinung zu knüpfen. Mithin — so sagt Bähr — gelte folgender Satz: „Wer beim Kontrahieren in einer ihm zuzurechnenden Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft, so daß der ihm Gegenüberstehende bona fide-Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, daß ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, gar nicht gehört". Weiterhin erkennt er auch das negative Vertrauensinteresse nicht an. Er ist vielmehr der Meinung, daß die Römer diesen unpraktikablen Begriff nie aufgestellt hätten.

Friedrich Mommsen[27]) setzt sich eingehend mit der Ansicht von Jhering auseinander. In allen wesentlichen Punkten lehnt er dessen Ansicht ab und läßt einen Entschädigungsanspruch auf das negative

23) Lehrb d. Pand. Bd. I § 109.
24) Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts. Bd. II, 1906, § 307 Anm. 5, S. 250.
25) Bd. II, 1875, § 307 Anm. 5, S. 176.
26) JherJ. 14, 393 ff.
27) Über die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, in Erörterungen aus dem Obligationenrecht. 1879.

Interesse beim Nichtvorhandensein eines vermeintlichen Vertrages nur in den Fällen des dolus und der culpa lata gelten. Da eine solche Schadensersatzpflicht aber dem praktischen Bedürfnis nicht gerecht wird, so sucht er abzuhelfen. Einmal, indem er die Nichtigkeit in Abrede stellt und schon dadurch die Grundlage für eine Kontraktsklage schafft. Weiterhin, indem er die Mandatsgrundsätze heranzieht. Er glaubt nämlich, in dem Abschluß jedes onerosen Vertrages einen stillschweigenden Auftrag des Gläubigers an den Schuldner zur Erfüllung zu sehen, der sich freilich nur bei Ungültigkeit oder Nichtperfektion des Vertrages auswirke[28]).

Sintenis[29]) tritt ganz entschieden gegen Jhering auf. Er führt aus: In den von Jhering zitierten Quellenstellen fehle es nicht am „consensus der Kontrahenten", der Konsens habe nur darum seinen gewöhnlichen kontraktsgemäßen Effekt nicht, weil das Objekt nicht Gegenstand des beabsichtigten Rechtsverhältnisses werden kann. Nach Sintenis ist es auch berechtigt, in diesen Fällen einen Anspruch auf das negative Interesse zu geben und zwar auf Grund der Einigung. Dagegen ist nach seiner Ansicht dieser Anspruch dann nicht gegeben, wenn wegen Irrtums ein Konsens gar nicht erreicht wird. Unter diesen Umständen sei eine vertragliche Beziehung in keiner Weise denkbar.

Dernburg[30]) kennt in den hier besprochenen Fällen überhaupt nur eine außerkontraktliche Haftung.

4. Verschulden beim Abschluß gültiger Verträge.

Eine culpa in contrahendo ist auch bei gültigen Verträgen denkbar. Denn auch hier ist eine schuldhafte Schädigung, die nicht Erfüllungsverschulden ist, möglich.

Der allgemeine Haftungsgedanke bei gültigen Verträgen fand jedoch in der Wissenschaft des gemeinen Rechts wenig Anklang. Nach der herrschenden Lehre waren nur Mandanten und Deponenten für culpa in contrahendo haftbar. Dagegen wurden Verleiher, Vermieter und Verkäufer nur bei arglistigem Verschweigen von Fehlern und ausdrücklicher oder stillschweigender Zusicherung von Sacheigenschaften vertraglich für das positive Interesse oder Erfüllungsinteresse verantwortlich gemacht[31]). Das waren, wie Fr. Leonhard sagt, einige der wenigen Fragen, über die nicht gestritten wurde[32]), obwohl sonst im gemeinen Recht alles bestritten war.

In seiner Dissertation[33]) stellte Leonhard drei Gruppen von Fällen auf, in denen der Verkäufer für jedes Verschulden rechtsgeschäftlich haftet. Die gemeinrechtliche Wissenschaft setzte sich mit dieser neuen Ansicht nicht mehr auseinander. Erst viel später wurde Leonhard von Heldrich[34]) und Geppert[35]) angegriffen. Hier mußte auf diese Dissertation hingewiesen werden, weil sie für die weitere Entwicklung wichtige Ansätze enthält.

28) Ähnlich wie schon früher Scheurl in JherJ. 2, 274. Gegen das Mandat: Melliger, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen. 1896. S. 92 ff.
29) Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. II. 1868. § 96 Anm. 18 a.
30) System des römischen Rechts. 1912. § 266 Anm. 8, S. 557.
31) Hildebrandt, Erklärungshaftung. 1931. S. 43.
32) Fr. Leonhard, Verschulden bei Vertragsschluß. 1910. S. 9.
33) Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse. 1898. Diss. Göttingen.
34) Das Verschulden beim Vertragsschluß. 1924.
35) Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß. Gruch. 69, 529 ff.

III. Landesgesetzliche Kodifikationen.

Nachdem in großen Zügen versucht worden ist, die Entwicklungsgeschichte der Haftung für vorvertragliches Verschulden im römischen und im gemeinen Recht zu zeigen, sei, bevor auf das Bürgerliche Gesetzbuch eingegangen wird, noch ein kurzer Überblick über diese Haftung nach partikularrechtlichen Bestimmungen gegeben. Dabei soll dann auch noch auf das ausländische Recht verwiesen werden; auf kurze Hinweise können wir uns auch hier beschränken, da es an rechtsvergleichenden Abhandlungen nicht mangelt[36]).

Im Geltungsbereich des Preußischen Allgemeinen Landrechts ist die Lehre von der culpa in contrahendo in dem Werke von Förster-Eccius erörtert worden[37]). Es wird dort die Theorie von Jhering abgelehnt und dafür der Versuch gemacht, die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes als „Ausfluß eines allgemeinen Grundsatzes hinzustellen, daß außerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses jeder, der durch seine Handlungen das Vermögen eines anderen schädigt, nach dem Grade seiner Schuld verantwortlich zu machen ist". Das negative Interesse werde nun je nach dem Umfang des Verschuldens und der etwa kollidierenden eigenen Schuld in größerem oder geringerem Umfang geltend gemacht werden können. Nach Ansicht von Eccius hat in allen Fällen der zu erhebende Anspruch die Natur einer außerkontraktlichen Schadensersatzanklage. Wichtig erscheint dies z. B. für die Verjährung des Schadensersatzanspruches.

Bei der kasuistischen Regelung, wie sie das Allgemeine Landrecht vorsieht, fällt es nicht schwer, alle Fälle vorvertraglichen Verschuldens nach den Vorschriften des Titels: „Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen",[38]) zu erfassen. Das eigentliche Problem des römischen Rechts, wie es sich aus der engeren Begrenzung der actio legis Aquiliae und der actio de dolo ergibt, tritt hierbei in den Hintergrund.

Trotzdem hat aber daneben eine besondere Regelung des vorvertraglichen Verschuldens bei gültigen Verträgen auch auf vertraglicher Grundlage stattgefunden. Man findet nämlich im ALR. Bestimmungen, die von gültigen Verträgen handeln und den Parteien vorvertragliche Sorgfaltspflichten auferlegen. Aus ihnen ist zu entnehmen, daß derjenige, der sie verletzt, mit der Vertragsklage in Anspruch genommen werden kann[39]). Natürlich ist die Haftung nur dann begründet, wenn ein gültiger Zielvertrag zustandegekommen ist[40]) [41]). Außerdem hebt § 284 I 5 ALR. noch besonders hervor: „Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld rechtens ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Kontrahenten bei Abschluß des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat". Mithin stellt hier das Allgemeine Landrecht fest, daß der Kontrahent ebenso wie durch mangelnde Erfüllung auch durch schuldhaftes Verhalten bei Abschluß des Vertrages nach dem Grade der von ihm durch Vertrag übernommenen Sorgfalt verantwortlich ist. Nicht

36) s. Heldrich, a. a. O. § 15.
37) Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. I S. 455, § 78 III.
38) ALR. I 6.
39) Heldrich, S. 53.
40) Hildebrandt, Erklärungshaftung. 1931. S. 45; ebenso RG. 8, 253; Förster-Eccius, Pr. PrivR. 1896 Bd. I § 78 N. 28.
41) Eine andere Ansicht vertritt Dernburg, der behauptet, es sei nicht ein Vertrag nötig, da das preußische Recht in Übereinstimmung mit einer starken Strömung des gemeinen Rechts überhaupt die Haftung für jedes außervertragliche Verschulden adoptiert habe. (Preuß. Privatrecht. 1897, § 16 N. 2.)

aber stellt § 284 I 5 ALR. allgemein die Haftung für culpa in contrahendo dem Bestande nach fest. Dies wird nur durch Rechtsanalogie begründet.

Angesichts der Tatsache, daß das Allgemeine Landrecht die Haftung für vorvertragliches Verschulden schon aus dem Rechte der unerlaubten Handlung gibt, konnte der Gedanke auftauchen, daß es nach Preußischem Recht für die Frage der Haftung gar nicht mehr darauf ankomme, ob die Verhandlungen zum Vertragsschluß geführt haben oder nicht[42]). Wenn das aber der Wille des Gesetzgebers gewesen wäre, so hätte er nicht neben der Regelung des Deliktsrechts noch in zahlreichen Einzelfällen bei den einzelnen Vertragsarten Vorschriften aufgestellt[43]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen[44]) kennt eine allgemeine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nicht[45]).

Nach dem Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch wird für Verschulden bei Vertragsschluß aus Delikt gehaftet. Der Schadensersatzanspruch geht hier auf das negative Interesse[46]).

Auch für das französische Recht ist eine Haftung für Verschulden aus allgemeinen Prinzipien des Deliktsrechts abzuleiten[47]).

Ebenso gilt Deliktsrecht für die Haftung nach badischem Landrecht, da dieses eine Übersetzung des Code Napoléon mit Zusätzen ist[48]).

Sicher ist es auch, daß nach italienischem[49]) und schweizerischem Recht[50]) für Verschulden bei Vertragsschluß gehaftet wird. Im einzelnen soll hier nicht darauf eingegangen werden[51]).

Zu den Rechten, die einen umfassenden Begriff der unerlaubten Handlung aufgestellt haben, gehört auch das Recht der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik[52].

IV. Die auf der bisherigen Entwicklung beruhenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Da unser Bürgerliches Gesetzbuch in wesentlichen Punkten auf der Wissenschaft des gemeinen Rechts beruht, ist es von großer Wichtigkeit für die Fortentwicklung der Lehre vom Verschulden beim

42) Heldrich a. a. O. S. 53.

43) Ebenso Hildebrand (Erklärungshaftung 1931, S. 46), der sagt: „Der Versuch Heldrichs (a. a O. S. 53), ein einheitliches Prinzip zu rechtfertigen, erscheint mir angesichts der positiven immerhin hinlänglichen (anders BGB.) gesetzlichen Regelung bedenklich".

44) §§ 116, 117 des BGB. für das Königreich Sachsen.

45) Fr. Leonhard, Verschulden bei Vertragsschluß. 1910. S. 10; Mühlich, a. a. O. S. 32.

46) 1295 ABGB.: Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schaden mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. — Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch, falls dies in Ausübung eines Rechts geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechts offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.

47) Art. 1382 code civil: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

48) Art. 1282, 1282 a, 1283 Badisches Landrecht.

49) Heldrich, S. 43.

50) Vgl. Simonius Z. f. schweiz. Recht Bd. 37 N. F. S. 237 ff., s. auch Art. 41 des Schweiz. Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht): Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatz verpflichtet.

51) Für das englische Recht: Karplus, Handb. d. engl. Privatrechts, Leipzig 1917, S. 148 Z. 8; Art. 159 des Brasilianischen Zivilgesetzbuches: Aquelle que, por acção ou omissão voluntaria, negligencia ou imprudencia, violar direito ou causar prejuizo a outrem, fica obrigado a reparar o damno; s. auch Art. 1518 ff. Brasil. Zivilgesetzbuch.

52) § 403 des Zivilgesetzbuches Sowjetrußlands: Wer dem Vermögen oder der Persönlichkeit eines anderen Schaden zugefügt hat, ist verpflichtet, den zugefügten Schaden zu ersetzen. Er ist von dieser Verpflichtung befreit, wenn er beweist, daß er den Schaden nicht abwenden konnte, oder daß er zur Zufügung des Schadens ermächtigt war oder daß der Schaden zufolge Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit des Geschädigten selbst entstanden ist.

Vertragsschluß, diejenigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu kennen, die vom Gesetzgeber bewußt auf die bisherige Auffassung der Lehre zurückgeführt wurden. Mithin soll in diesem Zusammenhang nur die Ansicht des Gesetzgebers und nicht etwa die Ansicht der Kritik der Wissenschaft behandelt werden. Aufschluß über die Ansicht des Gesetzgebers geben uns die Motive und Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Zunächst muß festgestellt werden, daß es im Bürgerlichen Gesetzbuch eine allgemeine Bestimmung, die alle nur vorkommenden Fälle des Verschuldens beim Vertragsschluß umfaßt, nicht gibt. Dies ist dem Gesetzgeber auch bekannt gewesen, wie die Motive erkennen lassen[53]); denn dort wird ausdrücklich gesagt, daß der Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch keine grundsätzliche Bestimmung über die culpa in contrahendo enthalte. Weiterhin kann festgestellt werden, daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches nur einen Teil der culpa-in-contrahendo-Tatbestände erkannt und diese in ihrer praktischen Bedeutung erkannten Fälle in Anlehnung an Jherings Abhandlung mit Haftungsfolgen ausgestattet haben. Mithin kann mit Bestimmtheit angenommen werden, daß der Gesetzgeber in allen Fällen, in denen er einen Anspruch auf das negative Interesse gibt, an die Lehre der culpa in contrahendo denkt. Wenn auch späterhin demgegenüber die Ansicht erscheint, daß z. B. die in § 122 BGB. bestimmte Ersatzpflicht nicht auf Verschulden beim Vertragsschluß zurückzuführen sei[54]), so ist dies nur als eine Abweichung bezüglich der begrifflichen Abgrenzung der culpa in contrahendo zu verstehen.

Die Motive[55]) erklären nun: Die Lehre der culpa in contrahendo ist in den §§ 97 III, 99 II, 101[56]), §§ 345, 347[57]) anerkannt, da die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß der bisherigen Gesetzgebung nicht fremd war und von der gemeinrechtlichen Wissenschaft als ein Gebot der materiellen Gerechtigkeit gefordert wurde. Genau wie bei Jhering wird betont: „Das dabei zu vertretende schädigende Ereignis ist nicht das Nichtzustandekommen des Rechtsgeschäfts, sondern die Übermittlung einer unzuverlässigen Willenserklärung; nur diejenigen Nachteile kommen zum Ersatz, welche ohne die Abgabe der Willenserklärung nicht eingetreten sein würden". An einer andern Stelle, an der von der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften gesprochen wird, sagen dann die Motive folgendes[58]): „Eine nähere Betrachtung lehrt zwar schon an sich, daß anderweite unbeabsichtigte Wirkungen, welche an ein nichtiges Rechtsgeschäft sich knüpfen, nicht durch das Rechtsgeschäft, sondern durch einen in dem äußeren Akte sich findenden besonderen Tatbestand — culpa in contrahendo (§§ 97 III und 99 II) usw. — erzeugt werden". Ebenso wie bei Jhering wird dann festgestellt[59]), daß nur das negative Interesse zu ersetzen sei. Dieses negative Interesse werde in manchen Fällen, so führen die Motive aus, mit dem Erfüllungsinteresse sich decken, in anderen dasselbe nicht erreichen. Es könne jenes auch unter Umständen übersteigen.

Bei der Regelung der Vertretung ohne Vertretungsmacht, dem

53) Mot. II 179.
54) So Siber b. Planck 1914, Vorb. zu § 275 I, 4 a γ
55) Bd. I S. 195.
56) Diese Vorschriften entsprechen dem jetzigen § 122 I BGB.
57) Diese Vorschriften entsprechen den jetzigen §§ 307 und 309 BGB.
58) Mot. I. 217.
59) Mot. I. 195.

heutigen § 179 BGB. weisen die Motive[60]) darauf hin, daß manches dafür spreche, es hier nur auf die culpa in contrahendo abzustellen und die Haftung des Vertreters auf das negative Interesse zu beschränken, wenn ein Vertrag infolge der Versagung der Genehmigung durch den Vertretenen nicht zustandekomme. Man habe aber davon abgesehen, da dem Verkehrsinteresse nicht genügend Rechnung getragen werde. Der Verkehr erfordere nämlich, daß jeder, der als Vertreter auftrete, ohne Rücksicht darauf, ob ihn eine Fahrlässigkeit treffe, voll dafür einzustehen habe, daß die Vertretungsmacht vorhanden sei oder doch die Genehmigung des Vertretenen nachträglich hinzutrete. In den Protokollen[61]) wird dann im Gegensatz zu den Motiven der Anspruch auf das negative Interesse beschränkt, wenn der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht kennt. „Wisse dagegen der Vertreter, daß er keine Vertretungsmacht besitze, so handele er entweder dolos, d. h. in dem Bewußtsein, daß die Genehmigung nicht zu erwarten sei, oder er handele in der Voraussetzung, der Genehmigung sicher sein zu können". Mithin handele er im letzten Fall auf eigene Gefahr. Die Protokolle kommen daher zu dem Ergebnis, daß in beiden Fällen dem Vertreter kein Unrecht geschehe, wenn er persönlich für die Erfüllung bzw. für den Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses haftbar gemacht werde. Aus dieser Stelle kann entnommen werden, daß im Falle des § 179 I BGB. auch der Gesetzgeber ein Verschulden (zum mindesten Fahrlässigkeit) annahm, während ein solches in Abs. II nicht grundsätzlich unterstellt wurde. Der Abs. I des § 179 BGB. beruht also auch schon nach der Meinung des Gesetzgebers auf culpa in contrahendo[62]). Derselben Ansicht scheint auch Dernburg zu sein, der bei Abs. II[63]) [64]) [65]) betont, daß eine Haftung ohne Verschulden vorliege. Weiterhin ergibt sich aber auch aus dem eben Gesagten, daß die Haftung auf das negative Interesse eine Haftung für Fahrlässigkeit vor Vertragsschluß ist, was sich als Ansicht des Gesetzgebers nicht bestreiten läßt.

Nicht entschieden wird vom Gesetzgeber, „ob begrifflich die Haftung für culpa in contrahendo auf einen Eingriff in einen fremden Rechtskreis, mithin auf eine unerlaubte Handlung oder auf die Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht zurückzuführen sei". Nach ihm ist dies eine Konstruktionsfrage, deren Lösung der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben soll[66]). Sie mögen bei den §§ 385, 443, 441, 622, 701[67]) diese Frage entscheiden. Daß die Bedeutung des Problems auch damals erkannt wurde, lassen Ausführungen in den Motiven erkennen. Es wird dort nämlich von diesem Punkte abhängig gemacht, „ob und inwieweit der Vertretene für eine von dem Vertreter bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts begangene Fahrlässigkeit

60) Mot. I. 243.
61) Prot. I S. 160.
62) Ebenso Steinberg, S. 23.
63) Dernburg, Die allgemeinen Lehren des BGB. 1906. S. 441.
64) Anderer Meinung Erich Berger: Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gött. Diss. 1935, S. 7. Nach ihm war der gesetzgeberische Grund der Haftung nicht das Verschulden bei Vertragsschluß, dies ergebe der Zusammenhang des § 179 I mit Abs. II, Abs. I sei lediglich eine Verschärfung der weiterreichenden Vorschrift des Abs. II, wo die Haftung ohne Verschulden eintrete. Mithin wäre der Rechtsgrund der weitergehenden Vorschrift des § 179 II zu entnehmen.
Diese Ansicht ist schon nach dem oben Ausgeführten unrichtig. Hinzu kommt noch, daß es der Gesetzestechnik des BGB. widersprechen würde, wenn der Grundsatz im Abs. II, die Ausnahme aber im Abs. I geregelt wäre.
65) Siehe auch unten S. 62.
66) Mot. II S. 745 und I S. 195.
67) Diese Paragraphen entsprechen den jetzigen §§ 463, 523, 524 I, 694, 795 III BGB.

(culpa in contrahendo §§ 97, 99, 101, 345, 347, 622)[68]) einzustehen habe".

Im Widerspruch zu ALR. I 5 § 284 erklären die Motive[69]), daß bei Beurteilung des vorvertraglichen Verhaltens und der dabei anzuwendenden Sorgfalt nicht immer der Maßstab anzuwenden sei, der für das zustandegekommene Geschäft gültig gewesen wäre. Es hat „der Umstand, daß das beabsichtigte Rechtsgeschäft nur zur Vertretung grober Fahrlässigkeit verpflichten würde, nicht zur Folge, daß auch die Haftung bei dessen Nichtzustandekommen sich auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt".

Wie schon erwähnt wurde, ist im gemeinen Recht bei gültigen Verträgen nur eine Haftung für dolus in contrahendo anerkannt[70]). Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches hat dagegen die Haftung des Hinterlegers aus § 694 BGB. auf culpa in contrahendo zurückgeführt, obwohl es sich dabei um Fahrlässigkeit bei den Verhandlungen über gültig zustandegekommene Verträge handelt[71]). Hier ist ein Ansatz für eine wichtige Betrachtungsweise, die später noch bedeutsam werden sollte.

Hiermit sind die Materialien, insbesondere die Protokolle, in bezug auf die Lehre der culpa in contrahendo erschöpfend behandelt. Es soll nur noch hervorgehoben werden, daß dem Gesetzgeber der Zusammenhang mit Jherings Lehre bewußt war, auch dann noch, als man in den Fällen der Irrtumsanfechtung das Erfordernis des Verschuldens hatte fallen lassen. Es weisen nämlich die Protokolle[72]) darauf hin, daß auch bei Jhering und der übrigen gemeinrechtlichen Wissenschaft von einem Verschulden kaum noch gesprochen werde. Die Frage, ob bei der Ersatzpflicht bei Irrtum, falscher Übermittlung und Scherzerklärung der Rechtsgrund in der culpa in contrahendo gesehen werden könne, sei nur durch die Entscheidung darüber zu beantworten, ob man die Veranlassung des Schadens durch den Ersatzpflichtigen für ausreichend halte, um eine Gesetzesnorm als Anwendungsfall der Haftung aus vorvertraglichem Verschulden anzusehen, oder ob man dies nur beim Hinzutreten des subjektiven Erfordernisses der Schuld tun wolle.

V. Die Entwicklung seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Die Haftung aus unerlaubter Handlung.

Die im Anschluß an das Bürgerliche Gesetzbuch erschienene erste Literatur hat die Lehre der culpa in contrahendo nicht näher behandelt. Sie begnügte sich vielmehr damit, die Fälle der Haftung für das negative Interesse zusammenzustellen und erwähnte dann hierbei, daß die Haftung auf culpa in contrahendo beruhe[73]). So wurden dann die §§ 122, 179, 307, 309 BGB. lediglich zusammengefaßt unter dem Gesichtspunkte des negativen Interesses. Daß aber die Ansprüche aus §§ 463 S. 2, 523 I, 524 I, 600 usw. BGB. ebenfalls auf Verletzung einer

68) Diese Paragraphen entsprechen den §§ 122, 307, 309, 694 BGB.
69) Mot. I 195.
70) Vgl. oben S. 19.
71) Mot. II 581.
72) Prot. I 452.
73) Endemann Lehrb. Bd. I — 1899, S. 291.

vorvertraglichen Pflicht beruhen, wurde nicht erkannt[74]). Dagegen wurde eine Analogie zu den oben erwähnten Fällen für unstatthaft erklärt, wenn sie auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus wünschenswert erschien[75]).

Übereinstimmend nahm die damalige Wissenschaft an, daß vor Vertragsschluß ein rechtsgeschäftliches Verhältnis zwischen den Parteien noch nicht bestehe, mithin also die §§ 276 ff. BGB. für ein Verschulden bei Vertragsschluß nicht anwendbar seien[76]). Dernburg[77]) betont hierbei, daß sich die Haftung für culpa in contrahendo aus § 823 BGB. ergebe. Sei die Schädigung aber in dem Verlaufe von Vertragsverhandlungen nicht nur vorsätzlich, sondern auch in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt, so greife § 826 BGB. Platz.

Diese Meinung kann man als die herrschende bezeichnen, da sie nur ganz vereinzelt abgelehnt wurde. So wendet sich z. B. Meisner[78]) gegen die oben dargelegte Meinung und führt, nachdem er sich mit Savignys Ansicht auseinandergesetzt hat, aus, daß ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen nicht äußerlich zum Vertragsschluß hinzutrete, sondern, daß es vielmehr innerlich damit verbunden sei. Es beständen deshalb schon vor dem Vertragsschluß rechtsgeschäftliche Pflichten. Eine unerlaubte Handlung liegt nach seiner Ansicht nur vor, wenn fremde Rechte ohne Obwalten rechtsgeschäftlicher Beziehungen verletzt werden. Aus diesem Grunde kommt Meisner daher zur Anwendung von § 278 BGB., nicht von § 831 BGB. Ob Meisner nun für die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß einen gültigen Vertrag voraussetzt[79]), ist aus seinen Ausführungen nicht ersichtlich. Man wird es aber aus ihnen schließen müssen[80]).

In den ersten Jahren der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist an Meinungsäußerungen aus der Theorie noch die von Schütz zu beachten[81]). Er meint, das Bürgerliche Gesetzbuch habe sich dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit nicht verschließen können, daß vorvertragliches Verschulden wie ein vertragliches behandelt werden müsse[82]).

Diese eben aufgeführten Meinungen sind aber als Ausnahmen anzusehen. Ihnen gegenüber standen fast alle Autoren auf dem Standpunkt, daß es für vorvertragliches Verschulden eine vertragliche Haftung nicht gebe[83]). Ebenso wie das Schrifttum, lehnte auch die Rechtsprechung in den ersten 10 Jahren, in denen sie das Bürgerliche Gesetzbuch zur Anwendung zu bringen hatte, eine vertragliche Haftung für vorvertragliches Verschulden ab[84]). Gehaftet wurde da-

74) Dernburg, D. Allgem. Lehren d. Bürg. R. 1902, Bd. I, S. 391 ff., gegen ihn RG. 62, 315.
75) Staudinger Bd. I, 1912, § 155 Anm. 5.
76) Steinberg a. a. O. S. 28; Kuhlenbeck, Von den Pand. zum BGB., 1899, Bd. II, S. 63.
77) Das Bürg. R. Bd. I, 1902, S. 391.
78) Meisner BGB. § 278 Anm. 3 (S. 898).
79) Wie dies später Leonhard in seiner Schrift „Verschulden beim Vertragsschluß", 1910, tut.
80) Ebenso Eichhorn: Die Haftung des Notars für Verschulden des Bürovorstehers. DNotZ. 1901. 339.
81) Schütz, Die Haftung für Verschulden von Gehilfen nach dem BGB. Diss. Jena 1901, S. 74.
82) Hierher gehört auch die Ansicht von Engelmann (Das deutsche Bürg. Recht, 2. Aufl. 1900, S. 207). Danach wird für den gesetzlichen Vertreter nach § 278 BGB. auch bei culpa in contrahendo gehaftet, nicht aber für den rechtsgeschäftlichen Vertreter. Diese Ansicht ist aber unbegründet und abwegig.
83) Crome, Syst. d. Dtsch. Bürg. R. 1902, Bd. II, 1 § 151 Nr. 25 ff., Goldmann-Lilienthal BGB. 1903 § 84 II 1 d; Planck 3. Aufl. § 278 Anm. 1; Oertmann 3. u. 4. Aufl. 1910 § 276, 6 b; Dernburg, Das Bürg. Recht 1905 II 1 S. 157.
84) Vgl. z. B. RG. JW. 1909, 684 Nr. 3; RG. 61, 207; 62, 317.

nach nur aus den Vorschriften der unerlaubten Handlung. Wenn es dann nicht gelang, einen Anspruch auf Schadensersatz hierauf zu stützen, wurde die Klage abgewiesen. Das bedeutet, daß die damalige Rechtsprechung jeden Rechtsschutz für fahrlässige Vermögensbeschädigung, die vor Vertragsschluß lag, schlechthin versagte. Im Gegensatz zu Dernburg, der, wie oben schon angeführt, eine Haftung aus § 823 I BGB. konstruierte, erkannte nämlich die Rechtsprechung, daß bei fahrlässiger Vermögensbeschädigung § 823 I BGB. nicht zur Anwendung gelangen konnte, da dieser Paragraph nur bestimmte Rechtsgüter und Rechte in ihrer Verletzung schütze[85]). § 276 BGB. dagegen war nur bei bestehenden Schuldverhältnissen anwendbar, nicht aber bei den Fällen vorvertraglichen Verschuldens. Da die Praxis zeigt, daß es sich fast stets um einen Vermögensschaden handelt, und außerdem die Beschädigung oft nur eine fahrlässige ist, reicht die Deliktshaftung nicht aus, um einen genügenden Rechtsschutz zu gewähren, besonders da § 826 BGB. mit seiner engen Begrenzung auf Fälle sittenwidrigen Verhaltens nur in Ausnahmen durchgreifen kann. War aber trotz alledem der Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, so wurde die Regelung, die das Gesetz für die Haftung von Verrichtungsgehilfen, Verjährung und Beweislast gibt, den Anforderungen des geschäftlichen Verkehrs nicht gerecht.

2. Die ersten Versuche zur Begründung einer rechtsgeschäftlichen Haftung durch Umdeutung des Verschuldens beim Vertragsschluß in ein Verschulden bei Vertragserfüllung.

Um nicht bei diesem unbilligen Ergebnis stehen bleiben zu müssen, suchte man rechtsgeschäftliche Pflichten zu finden, die schon während der Vertragsverhandlungen und beim Vertragsabschluß bestehen mußten, um auch schon bei fahrlässiger Verletzung dieser Pflichten einen Anspruch auf Schadensersatz zu geben. Die Wissenschaft und auch die Rechtsprechung erkannten zunächst dieses Problem in dieser Klarheit nicht; vielmehr schlug man einen ganz anderen Weg ein, um ein befriedigendes Ergebnis zu erreichen. So sah man wohl, daß oft eine Verletzung einer bereits bei Vertragsschluß bestehenden Pflicht bei der Erfüllung des Vertrages fortdauerte. Anstatt aber, was doch möglich gewesen wäre, diese vorvertraglichen Pflichten zu untersuchen und dann anzuerkennen, deutete man diese vorvertraglichen Pflichten in Einzelfällen in vertragliche um. Die Folge war also, daß man nicht mehr an eine culpa in contrahendo, sondern eine culpa in solvendo dachte. Wichtig ist aber, darauf hinzuweisen, daß man dies tat, weil man glaubte, eine andere Möglichkeit nicht zu haben, um beim Verschulden bei Vertragsschluß einen Schadensersatzanspruch zu geben. Außerdem ist diese Umdeutung vorgenommen worden, ohne den eigentlichen Zusammenhang mit der Lehre der culpa in contrahendo überhaupt zu erwähnen oder zu erkennen. Bei den verschiedenen Fallgruppen wurde dies nun auf verschiedene Weise verwirklicht.

85) Dies ist auch heute noch allgemein anerkannt. Vgl. dazu RGRK. § 823 Anm. 1.
Wenn Ebbecke (JherJ 71, 346 ff.) die Ansicht vertritt, daß es sich bei dem Schadensersatzanspruch in den §§ 122, 179, 307, 309 BGB. um einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung handele, so sind seine Ausführungen nicht überzeugend. Die Feststellung, daß diese Ansprüche nicht aus vertraglichen Verpflichtungen herrühren, zwingt keineswegs zu der Annahme, daß hier Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen vorliegen.

a) Die dauernde Geschäftsverbindung oder vorwegbestehende Nebenpflichten aus dem später abgeschlossenen Vertrage als Haftungsgrundlage.

Besonders notwendig erschien es, eine Haftung auf Schadensersatz in den Fällen zu geben, in denen ein Bankier durch fahrlässige falsche Raterteilung einen andern geschädigt hatte. Wenn ein Bankier nämlich einem seiner Kunden eine falsche Auskunft erteilt, auf Grund deren zwischen dem Kunden und dem Bankier ein für den Kunden ungünstiges Geschäft geschlossen wird, so ist dies ein Fall der culpa in contrahendo.

Wann wird nun eine rechtsgeschäftliche Haftung in diesem Falle anzunehmen sein? Nach Ansicht des Reichsgerichts[86]) ist der Bankier für die schädlichen Folgen einer falschen Ratserteilung dann haftbar, wenn er mit dem Beschädigten in einem Verhältnis steht, aus dem eine Verpflichtung zur besonderen Sorgfalt herzuleiten ist. Ein Ersatzanspruch erwachse dann aus diesem einer vertraglichen Beziehung gleichzusetzenden vertragsähnlichen Verhältnis. Als solches erscheint dem Reichsgericht die „dauernde regelmäßige Geschäftsverbindung, die ein Vertrauensverhältnis erzeugt, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in höherem Maße als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung werde". Hieraus ist ersichtlich, daß das Reichsgericht die rechtliche Natur dieser dauernden Geschäftsverbindungen keineswegs klargestellt hat, wenn es auch diese „ein einer vertraglichen Beziehung gleichzusetzendes vertragsähnliches Verhältnis" nennt. Auch aus einer älteren Entscheidung ersieht man[87]), daß das Reichsgericht die dauernde Geschäftsverbindung nicht als Vertrag ansieht.

Grundlegend für alle diese Fälle war die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 27 S. 118 ff. Dort führt das Reichsgericht nämlich aus: Steht der Bankier mit einem Kunden in dauernder Geschäftsverbindung, so gewinnen die sonst rechtlich indifferenten Tatsachen „rechtlichen Inhalt". Diese ganze Geschäftsverbindung wird von Treu und Glauben beherrscht. Nachdem auf diese unklare Art „vertragsähnliche Pflichten" konstruiert worden sind, ist die Möglichkeit gegeben, bei schuldhafter Verletzung derselben einen Schadensersatzanspruch zu gewähren.

Einen solchen Anspruch gibt das Reichsgericht darüber hinaus auch dann, wenn zwischen dem Bankier und dem Kunden keine dauernde Geschäftsverbindung zur Zeit der Auskunfterteilung besteht. Auch in diesen Fällen wird vom Reichsgericht eine rechtsgeschäftliche Haftung konstruiert[88]). Die vorvertragliche Sorgfaltspflicht erscheint hier als „Nebenpflicht" aus dem später zwischen Bankier und Kunden abgeschlossenen Vertrag. Das Reichsgericht sagt nämlich: „Die Raterteilung ist eine unselbständige Nebenleistung des Verkäufers, die nur von dessen Verpflichtung aus dem Hauptgeschäft getragen und charakterisiert wird". Mithin gilt als Ansicht des Reichsgerichts, daß die Auskunft- oder Raterteilung integrierender Bestandteil des späteren Vertrages ist. Weiterhin ist aber auch hieraus ersichtlich, daß das Reichsgericht nicht an eine culpa in contrahendo denkt, son-

86) RG. DJZ. 1910, 706 = JW. 1910, 243.
87) RG. 42, 130.
88) JW. 1905, 502.

dern vielmehr an eine culpa in solvendo; denn der Rat und der später abgeschlossene Vertrag zwischen Bankier und Kunden werden als ein zusammengehöriges Ganzes betrachtet. Diese Ansicht des Reichsgerichts, die es schon vor Erscheinen des Buches von Fr. Leonhard[89]), allerdings nur für diese Fälle aussprach, erinnert doch schon sehr stark an die Rechtsprechung nach 1910. Es bestehen allerdings Unterschiede, die noch weiter unten gezeigt werden sollen.

Gegen diese vom Reichsgericht in vielen Entscheidungen ausgesprochene Ansicht wendet sich Alsberg[90]). Nach seiner Ansicht ist es unmöglich, die Geschäftsverbindung zweier Personen als ein Rechtsverhältnis aufzufassen, das über den einzelnen Geschäften der Parteien stehen soll. Weiterhin sei es auch unmöglich zu sagen, die Raterteilung sei ein Bestandteil des nachfolgenden Verkaufs oder Kommissionsgeschäfts. Dies ist nach seiner Ansicht vom Reichsgericht vollkommen willkürlich konstruiert. Er sieht in der Raterteilung lediglich die Erfüllung eines Auftrages, aus dem dann für ein Verschulden nach gewöhnlichen Vertragsgrundsätzen gehaftet wird. Hieraus ergibt sich für ihn die logische Folge, daß der Bankier auch dann haftet, wenn der Kunde nicht mit dem raterteilenden Bankier abschließt, sondern etwa mit einem Dritten. Es liegt fast auf der Hand, daß dieser Fall mit der Lehre der culpa in contrahendo nichts zu tun hat. Auch heute wird angenommen, daß der bei dem Abschluß eines Vertrages Geschädigte nicht etwa von einem Dritten Schadensersatz aus culpa in contrahendo verlangen kann, sondern nur von seinem Vertragsgegner. Geht die Verletzung also von einem andern als dem späteren Vertragsgegner aus, so liegt niemals ein Verschulden bei Vertragsschluß vor.

Staub-Koenige[91]) bringt noch 1926 diese Rechtsprechung über die einem Vertragsschluß vorausgehende Raterteilung und erwähnt in diesem Zusammenhange nicht einmal die culpa in contrahendo. Er meint vielmehr, daß das Verhältnis zwischen Bankier und Kunden als ein Werkvertragsverhältnis aufgefaßt werden müsse, als dessen Nebenverpflichtung die Raterteilung erscheine. Als Entgelt werden dann die Vorteile angesehen, die er aus dem auf die Raterteilung folgenden Kaufvertrage zieht. Richtiger erscheint es, mit Alsberg zu sagen, daß die Raterteilung zwar einen notwendigen Teil der geschäftlichen Tätigkeit eines Bankiers ausmache, nicht aber Teil des bestimmten mit diesem Kunden abgeschlossenen Kauf- oder Kommissionsvertrages sei.

Betrachten wir diese Ansicht des Reichsgerichts zusammenfassend, so ergibt sich folgendes Bild:

Das Reichsgericht erkannte, daß die Haftung allein aus unerlaubter Handlung für die Raterteilung des Bankiers in keiner Weise genügen konnte. Man sah auch, daß durch die Beratung irgendwie Rechtsbeziehungen entstehen, aber man fand nicht ihre rechtliche Grundlage und verschaffte sich darüber auch keine Klarheit. Mithin wurde die rechtsgeschäftliche Haftung, die sich aus praktischen berechtigten Erwägungen ergab, in unklare juristische Konstruktionen gezwängt. Diese Konstruktionen waren unklar und falsch, weil Nebenpflichten aus einem später abzuschließenden Vertrag unmöglich vor

89) Fr. Leonhard, Das Verschulden beim Vertragsschluß.
90) in Holdheims MSchr. 1906, 321.
91) Staub-Koenige Bd. III Anh. zu § 349 Anm. 13. 12./13. Aufl.

dessen Abschluß bestehen können. Weiterhin konnte auch eine dauernde Geschäftsverbindung, welche kein vertragliches Verhältnis sein soll, nach dem damaligen Stand der Wissenschaft nicht eindeutig juristisch charakterisiert werden.

b) Die vorbereitenden Verträge als Haftungsgrundlage.

In einer weiteren Gruppe von Fällen wurde ebenfalls versucht, die Schadensersatzpflicht auf culpa in solvendo zu stützen. Hierbei handelt es sich um Beschädigung von Personen oder Sachen gelegentlich von Vertragsverhandlungen. Da auch hier oft die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen nicht ausreichten, so begründete man eine rechtsgeschäftliche Haftung durch die Annahme eines vorbereitenden Vertrages, der auf gegenseitige Sorgfalt gerichtet war.

Es wird in diesem Zusammenhang von Vorverträgen gesprochen. Gemeint sind aber nicht Vorverträge im eigentlichen Sinne, welche den Abschluß eines Hauptvertrages zum Gegenstand haben, sondern es handelt sich um eine Art von Garantieverträgen, die selbstverständlich ebenso einem andern Vertrag vorangehen können, wie ein selbständiger Abschluß möglich ist. Ob diese Fälle überhaupt zu der Lehre von dem Verschulden beim Vertragsschluß gehören, oder ob sie auszusondern sind, ist auch heute noch sehr bestritten. Darüber wird noch weiter unten gesprochen werden. — Es soll hier schon bemerkt werden, daß Siber[92]) und Titze[93]) diese Fälle nicht unter die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß rechnen. Nach Titzes Ansicht gehören nämlich nur diejenigen Fälle unter die culpa in contrahendo, in denen eine Partei während der Vertragsverhandlung der andern Partei gegenüber ein schuldhaftes Verhalten beobachtet, das sich gerade auf den ins Auge gefaßten Vertragsschluß bezieht. Nach Siber wäre eine Haftung nur möglich aus dem hier zu schildernden vorbereitenden Vertrag, der aber mit culpa in contrahendo nichts zu tun hat. Dagegen werden auch in der Wissenschaft[94]) und auch manchmal beim Reichsgericht[95]) diese Fälle unter die culpa in contrahendo gerechnet.

So nimmt z. B. das Reichsgericht[96]) an, die Parteien hätten stillschweigend einen den Kaufvertrag vorbereitenden Vertrag geschlossen, wenn der Kläger auf einer Probefahrt in einem Kraftwagen verletzt wird. In dieser Entscheidung wird der Ausdruck „vorbereitender Vertrag" ausdrücklich gebraucht. Dagegen liegt ein solcher Vertrag nach Ansicht des Reichsgerichts nicht vor, wenn die Mitnahme auf ziellosen Autofahrten geschah. In diesem Falle stellt das Mitnehmen eine reine Gefälligkeit dar, oder, wie das Reichsgericht sagt: „einen bloßen tatsächlichen Vorgang ohne rechtliche Bedeutung". Ist aber ein gültiger vorbereitender Vertrag abgeschlossen worden, so besteht für den Verletzten aus diesem Vertrage ein Schadensersatzanspruch.

Weiterhin nimmt das Reichsgericht[97]) an, daß schon vor Abschluß

92) Planck-Siber Bd II, S. 193.
93) Hdb. d. RWiss. Bd. VI, S. 517.
94) Besonders Stoll, LZ. 1923, 532.
95) RG. JW. 1927, 262.
96) RG. 65, 17.
97) RG. 66, 405.

eines Beförderungsvertrages zwischen der Bahnverwaltung und dem Absender ein vorbereitender Vertrag zustandegekommen sei, sobald die Bahn dem Absender auf seinen Antrag einen Wagen überweist. Dieser Vertrag sei dann die Grundlage von Sorgfaltspflichten des Absenders.

Diese Entscheidungen entsprechen dem Bedürfnis nach einer rechtsgeschäftlichen Haftung. Denn da es nun einmal an einem allgemeinen Prinzip mangelte, mußte wenigstens in Einzelfällen gegen vorvertragliche Fahrlässigkeit ein Rechtsschutz gewährt werden. Ebenso liegt es auch in den Entscheidungen, die eine Haftung des Gastwirts für die Sicherheit des Verkehrs in seinen Räumen gegenüber seinen Gästen behandeln.

Nach Ansicht des Reichsgerichts[98]) soll diese Haftung sich schon vor der Bestellung von Speisen auf einen stillschweigend abgeschlossenen Vertrag stützen. Natürlich beschränkt sie sich nur auf die Räume, die zur Benutzung des Gastes bestimmt sind, nicht aber auf andere. Eine weitere Voraussetzung ist aber dann noch, daß der geschädigte Gast die Wirtschaft schon in der Absicht betreten haben muß, dort Getränke und Speisen zu sich zu nehmen. Ganz anders ist natürlich der Fall geartet, wenn der Gast nach Bestellung der Speisen in den Räumen des Gastwirts verunglückt. Hier schuldet der Wirt nicht nur die Lieferung der bestellten Speisen, sondern er ist aus demselben Vertrage auch verpflichtet, für den sicheren Aufenthalt des Gastes zu sorgen. Dies ist allgemein anerkannt und ergibt sich auch aus der besonderen Natur des Vertrages, den der Gast mit dem Wirt abschließt. Diese Fälle haben demnach mit der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß nichts zu tun, da ein etwaiges Verschulden immer nach dem Vertragsschluß liegt.

Es erscheint aber bedenklich, eine vertragliche Haftung nur denjenigen Besuchern einer Gastwirtschaft zu gewähren, die als Gäste eintreten, nicht aber denjenigen, die, sei es aus Neugierde, sei es als Kunde, sei es als Funktionär der Staatsgewalt, sei es aus sonst welchem Grunde die Gastwirtschaft betreten[99]). Das Reichsgericht hat denn auch von jeher gegenüber jedem Besucher, der aus irgendeinem Grunde die Gastwirtschaft betritt, eine Haftung des Gastwirts aus der Verkehrseröffnung anerkannt[100]), also eine Deliktshaftung, die aber den besonderen Garantien des vertraglichen Rechtsschutzes entbehrt. Eine Gleichstellung aller Besucher mit den Gästen ist damit nicht hergestellt. Denn diese werden in besonderem Maße durch die weitergehenden Vorschriften über die Haftung für Erfüllungsgehilfen und über die Verjährung geschützt.

Hervorzuheben wäre noch, daß das Reichsgericht bei der Annahme dieser vorbereitenden Verträge recht willkürlich vorgegangen ist, und daß es eine einheitliche Rechtsprechung für alle dazugehörigen Fälle nicht gibt.

c) Die Lehre Krückmanns.

Ebenso wie das Reichsgericht statt einer culpa in contrahendo eine culpa in solvendo konstruierte, finden wir auch in der wissenschaftlichen Lehre diese Umdeutung, so z. B. bei Krückmann[101]). Aber

98) RG. 87, 128; RG. JW. 1911, 360 Nr. 6.
99) Titze in Hdb. d. RWiss. Bd. 5, S. 517.
100) RG. JW. 1905, 49; Enneccerus Bd. II, 1932, § 228 II 2.
101) ArchZivPr. 101. 205 ff.

auch dieser Autor ist sich keineswegs der ganzen Tragweite des Problems bewußt. Er führt nämlich aus — und zwar im Anschluß an eine Kritik der von Staub angeführten Fälle der positiven Vertragsverletzung —, daß es vielfach auf die Verletzung einer Anzeigepflicht vor Vertragserfüllung und zwar entweder nach Vertragsabschluß oder sogar, was hier interessiert, bei Vertragsabschluß hinauslaufe. Werde z. B. mangelhafte Ware verkauft und dann geliefert und sei dann aus der Lieferung ein Schaden entstanden, würden z. B. die gesunden Äpfel des Käufers durch die vom Verkäufer gelieferten wurmstichigen angesteckt, so könne dies allerdings zunächst darauf zurückgeführt werden, daß bei der Lieferung die schädigende Eigenschaft nicht pflichtgemäß mitgeteilt worden ist. Diese Anzeigepflicht aber sei bereits bei Vertragsschluß und unmittelbar nachher entstanden. Ihre Verletzung sei daher letzte Ursache des Schadens und auch der Schadensersatzpflicht. Die Herleitung der Schadensersatzpflicht aus Verschulden bei Vertragserfüllung anstatt aus Verschulden bei Vertragsschluß wird nach Ansicht von Krückmann dadurch ermöglicht, daß in diesem Falle dem Verschulden bei Vertragsschluß regelmäßig ein Verschulden bei der Erfüllung entspricht.

3. Begründung der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß aus dem abgeschlossenen Vertrag.

a) Fr. Leonhards Lehre.

Trotz dieser verschiedenen Versuche, dem Geschädigten einen Schadensersatzanspruch auch in den Fällen zu geben, in welchen weder eine unerlaubte Handlung noch ein vorbereitender Vertrag vorlag, blieb das Problem als Ganzes ungelöst. Die Versuche der Rechtsprechung und des Schrifttums zur Begründung einer rechtsgeschäftlichen Haftung für das mit einem Vertragsschluß in Zusammenhang stehende Verschulden beruhten auf Unklarheiten, weil man nicht erkannte, daß es vorvertragliche Pflichten gibt. Man hat deshalb das vorvertragliche Verschulden in ein vertragliches umgedeutet.

Das Problem der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß wurde in größerem Rahmen zuerst von Fr. Leonhard[102]) in seiner „wertvollen, gedankenreichen"[103]) Schrift „Verschulden beim Vertragsschluß" eingehend in bejahendem Sinne behandelt. Eine neue Entwicklung für die Rechtsprechung und Literatur brach an. Grundlegend neu an seiner Lehre ist, daß er nicht, wie es sonst geschah, eine unklare Umdeutung von vorvertraglichem Verschulden in Erfüllungsverschulden vornahm, sondern, daß er als erster klar erkannte, daß es Pflichten vor Abschluß des Vertrages gibt, deren Verletzung sich nicht als ein Verschulden bei der Erfüllung, sondern bei dem Vertragsabschluß darstellt. Allerdings gibt Leonhard keine befriedigende Lösung. Denn anstatt diese erkannten vorvertraglichen Pflichten vollkommen von dem später abzuschließenden Vertrage loszulösen und allein an den Tatbestand der Verhandlung anzuknüpfen, hat Leonhard die Existenz solcher Schadensersatzpflichten nur anerkannt, wenn es zu einem gültigen Vertragsabschluß kommt. So sagt Leonhard[104]): „Erst dadurch, daß ein Vertrag zustandekommt, erwächst eine Ver-

102) Verschulden beim Vertragsschluß. 1910.
103) Oertmann LZ. 1914. 517.
104) a. a. O. S. 58.

pflichtung der Partei, für ihr Verhalten einzustehen. Wenn der Vertrag scheitert, so ist jeder Anspruch erledigt. Es wäre nicht richtig, aus bloßen Vorverhandlungen, die nicht zum Ziele führen, eine Haftung abzuleiten. Hier fehlt das Moment, das die Parteien zu besonderer Aufmerksamkeit veranlaßt und verpflichtet. Es erwächst erst daraus, daß eine Einigung und zwar rechtsgültig zustandekommt".

Obgleich die Entwicklung der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß nicht stehen geblieben, sondern über Leonhards Ansicht hinausgegangen ist, hat er sich auch späterhin noch zu seiner alten Auffassung bekannt[105]).

Im einzelnen führt Leonhard zur Begründung seiner Lehre folgendes an:

1. Zunächst weist er wie früher schon Jhering auf die Entwicklung der Lehre von der culpa in contrahendo im römischen Recht hin. Soweit er davon ausgeht, daß eine Haftung für Fahrlässigkeit beim Vertragsschlusse im römischen Recht anerkannt ist, kann er sich auf seine schon erwähnte Dissertation berufen[106]). Weiterhin beruft er sich auch auf die Entwicklung der Lehre, die sie im gemeinen und in den Partikularrechten gefunden hat. Bei Hildebrandt[107]) finden diese Ausführungen nur sehr beschränkten Beifall[108]).

2. Als äußerst wichtiger Punkt erscheint es Leonhard, daß die Haftung für Vertragsschluß praktisch unentbehrlich sei[109]) [110]). Er weist deutlich die im Gesetz bestehenden Lücken nach, insbesondere bei Kauf, Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag, Versicherungsvertrag und Verlagsvertrag. Er prüft zunächst, ob nicht andere Rechtsbehelfe ausreichen, so daß es einer Haftung aus Verschulden bei Vertragsabschluß nicht bedürfe, kommt aber zu einem negativen Ergebnis. Weder die Erfüllungsschuld[111]), noch die unerlaubte Handlung[112]), noch die stillschweigende Zusage[113]), die selbst als Fiktion in vielen Fällen unmöglich sei, noch die Wandlung[114]) könnte zu einer Haftung führen. Auch die Hilfskonstruktion eines vorbereitenden Vertrages[115]) ergebe nicht immer das gewünschte Ergebnis. Habe z. B. der

105) Allgem. Schuldrecht des BGB. 1929. S. 544—562.
106) Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse. 1896. S. 15 ff.
107) Erklärungshaftung 1931.
108) Leonhard hat zur Begründung seiner Lehre Entscheidungen herangezogen, aus denen er darauf schließt, daß schon die gemeinrechtliche Praxis in seinem Sinne geurteilt habe. Hiergegen wendet sich mit Recht Geppert i. Gruch. 69, 531 ff. Bei den von Leonhard zitierten Entscheidungen handelt es sich tatsächlich nicht um solche, die eine Haftung für vorvertragliches Verschulden betreffen. Vielmehr werden dort Fragen der Vertragserfüllung (SeuffA. 7, 31; 23, 193) teilweise Fragen der Auslegung eines Vertrages (Seuff-A. 5 Nr. 153) oder einer Willenserklärung entschieden (SeuffA. 2 Nr. 23). Bei der Bezugnahme auf die Partikulargesetzgebung ist Leonhard beizupflichten; denn selbst wenn die Behauptung, § 320 ALR. I 5 sei nur eine Gewährleistungsvorschrift, also zum Beweise für Verschulden bei Vertragsschluß nicht heranzuziehen Geppert Gruch. 69, 533), richtig sein sollte, so bleiben doch die §§ 284 und 281 desselben Titels als Bestimmungen über vorvertragliches Verschulden bestehen. Das Preußische Recht in den zit. Paragraphen hat gerade für den Fall, den Leonhard bei seiner Erörterung im Auge hatte, die gewünschte Gleichstellung der Abschlußschuld mit der Erfüllungsschuld angeordnet (Koch ALR. f. d. Preuß. Staaten. 1894 zu § 284 ff., Anm. 92 und 94; Förster-Eccius, PrPrivR. 1896 Bd. I § 78 III Anm. 28).
(Die Ausführungen Heldrichs, Das Verschulden b. Vertragsschluß S. 6 bezeichnet Leonhard — Allg.SchuldR. 1929, S. 547 — als sehr schwach.)
109) Ein solches Bedürfnis wird sogar von Geppert, Gruch. 69, 535 nicht bestritten; er führt nur aus, daß die Rechtssicherheit gefährdet werde, wenn auf Handlungen und Äußerungen, die nicht Vertragsinhalt geworden seien, zurückgegriffen werde.
110) Leonhard 1910. S. 10 ff.; 1929 S. 547.
111) 1910 S. 23 ff.; 1929 S. 549.
112) 1910 S. 31 ff.; 1929 S. 550.
113) 1910 S. 35 ff.; 1929 S. 550.
114) 1910 S. 38 ff.
115) Allg. Schuldrecht S. 550 ff.

Verkäufer oder der Unternehmer durch falsche Anpreisung oder Verschweigung von Mängeln Schaden angerichtet, so könne man mit dem vorbereitenden Vertrage nicht arbeiten.

3. Als drittes Argument neben der Geschichte und der Billigkeit führt Leonhard noch die Möglichkeit analoger Anwendung anderer Gesetzesvorschriften an. Er weist nach, daß das Gesetz zwar nicht allgemein eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ausspreche, daß aber immerhin einige Vorschriften beständen, aus denen man sie analog schließen könne. Ursprünglich nennt er nur die §§ 463 S. 2, 694 und 678 BGB. Später in seinem Schuldrecht[116]) zieht er auch die §§ 443, 540, 637 BGB., § 17 VVG., § 45 BörsG. heran. In allen diesen Vorschriften handelt es sich um Offenbarungspflichten beim Vertragsschluß, bei deren Verletzung rechtsgeschäftlich gehaftet wird. Schließlich spreche die Haftung aus nichtigen Verträgen nach §§ 122, 307 BGB. dafür, daß bei einem gültigen Rechtsgeschäft erst recht gehaftet werden müsse. Ferner seien die Fälle der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ebenso geartet wie bei Haftung für Vertragserfüllung. Auch hieraus müsse man schließen, daß eine wirkliche Pflicht zur Sorgfalt schon bei Vertragsschluß bestehe. Ihr Umfang werde durch Treu und Glauben bestimmt.

Nach Ansicht von Leonhard könne allen diesen Gründen nur entgegengehalten werden, daß das Gesetz nicht nur über die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß schweige, sondern daß es sie sogar ausdrücklich ablehne. Es könne nämlich gesagt werden, daß die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB. für den Kauf in ausschließlicher Weise alle Ansprüche regele, die aus Mängeln der Ware entspringen könnten. Dies sei aber nicht der Fall. Die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß werde durch §§ 459 ff. BGB. nicht ausgeschlossen. Denn bei der Gewährleistung handele es sich um ein singuläres Recht, das keineswegs bei allen Verträgen gelte[117]). Die Gewährleistungspflicht treffe auch den schuldlosen Verkäufer und führe andererseits nur einen objektiven Ausgleich herbei. Dagegen sei die Haftung für Vertragsschuld eine allgemeine. Sie beziehe sich nicht wie die Gewährleistung nur auf bestimmte Verträge, sondern auf alle. Eine Haftung trete ein, nur sofern Verschulden vorläge. Auch § 463 BGB. stehe der Annahme einer Haftung für Verschulden beim Vertragsabschluß nicht entgegen. § 463 BGB. regele die Schadenersatzpflicht nur insoweit, als sie sich eben aus der Währschaft ergebe, lasse aber daneben für andere Ansprüche Raum. Mit anderen Worten: § 463 regele nur das arglistige Verschweigen von Mängeln der Kaufsache und überdies einen einzigen Fall der Arglist und zwar den, in dem ein Mangel arglistig verschwiegen wird. Sei dagegen die Arglist nicht durch Schweigen, sondern durch Reden verwirklicht worden, so komme § 463 BGB. nicht zur Anwendung. Nach Leonhards Ansicht muß der Verkäufer dann aber erst recht haften. Weiterhin müsse es sich um Mängel im Sinne von § 459 BGB. handeln, also um einen solchen Mangel, der den Wert der Sache nach den gewöhnlichen oder dem vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauch herabsetze. § 463 BGB. sei daher nicht anwendbar, wenn sich die Täuschung auf einen anderen Punkt als gerade den Gebrauchswert beziehe.

In allen diesen Fällen, die wegen der engen Begrenzung der Ge-

116) a. a. O. S. 545.
117) 1910 S. 54.

währleistungsvorschriften eine Begründung des Schadensersatzanspruchs aus § 463 BGB. nicht zulassen, den Rechtsschutz zu versagen, hält Leonhard wohl mit Recht für unbillig. Er meint also, es sei ein Gebot der Billigkeit, weitergehende Ansprüche wegen Betruges des Verkäufers zu geben. Schließlich gebe das Gesetz nur einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, es sei mithin nur derjenige Schaden zu ersetzen, der durch die Mängel der Leistung erwachsen sei. Es sei aber äußerst unbillig, wenn man die Haftung des arglistigen Verkäufers so beschränken würde, daß er nur den unmittelbaren Schaden, der durch die Mängel der Leistung erwachsen sei, ersetzen müßte. Mit dem Gesichtspunkt aus unerlaubter Handlung sei zwar bei Rechts- und Personenschäden auszukommen, nicht aber bei einer Vermögensverletzung. Endlich sei auch die deliktische Haftung für Hilfspersonen wegen der Exkulpationsmöglichkeit eine zu schwache.

Alle diese Einschränkungen müßten folgerichtig auch bei Gattungsschulden gelten. Hier spreche sich die herrschende Lehre jedoch dahin aus, daß auch für fahrlässig mangelhafte Erfüllung zu haften sei. Wer aber hiermit dem § 480 II BGB. die Ausschließlichkeit aberkenne, könne sie folgerichtig dem § 463 S. 2 BGB. nicht zusprechen.

Der § 463 könne daher eine weitergehende Haftung nicht ausschließen. Der Schuldner müsse also für seine Schuld beim Vertragsschluß ebenso wie für seine Schuld bei der Vertragserfüllung haften; denn beide Fälle ständen „praktisch und theoretisch" einander gleich, aber nur dann, wenn es später tatsächlich zu einem Vertragsschluß gekommen ist.

Die Haftung kann nach Ansicht Leonhards auch aus einem einseitigen Rechtsgeschäft entstehen, soweit ein solches überhaupt eine Verbindlichkeit erzeuge. Er hält dagegen eine Ausdehnung der Haftung auf nichtige und nicht zustandegekommene Verträge über die §§ 122, 179, 307, 309 BGB. für unzulässig; denn die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß sei bei ungültigen und gültigen Verträgen in Voraussetzungen und Wirkungen grundverschieden. So werde bei ungültigen Verträgen auch ohne Verschulden und stets auf das negative Interesse gehaftet, dagegen bei gültigen Verträgen nur bei Verschulden und auf das positive Interesse[118]).

Hervorzuheben ist an der Lehre von Leonhard, daß er die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nur bei gültig zustandegekommenem Vertrage anerkennt. Der gültig abgeschlossene Vertrag ist nach seiner Auffassung der eigentliche Grund für ein Bestehen von vertraglichen Pflichten. Hieraus ergibt sich auch, daß Leonhard einen ganz klaren Trennungsstrich zu Jherings Lehre zieht. Jhering hat nämlich das Verschulden beim Vertragsschluß nur, wie schon oben ausgeführt worden ist, bei nicht zustandegekommenen Verträgen geprüft[119]). Nach Leonhards Ansicht ist auch Jherings Lehre im Bürgerlichen Gesetzbuch nur in einigen Bestimmungen anerkannt, im übrigen aber lasse sich eine allgemeine Lehre in Jherings Sinne nicht aufstellen.

Raiser[120]) weist sehr richtig darauf hin, daß die Fälle der §§ 122

118) Im Ergebnis wie Leonhard auch Richter JW. 1921, 664 ff., aber unter Hinweis auf die Gleichartigkeit der Haftung mit der für positive Vertragsverletzung; s. auch Loewenwarter JW. 1921, 1307.

119) Vgl. S. 15 ff.

120) ArchZivPr. 127, 20.

und 307 ff. BGB. Leonhard auf Grund seiner Lehre folgerichtigerweise analogiefähig erscheinen mußten. Allerdings hat Raiser damit, wie noch gezeigt werden muß, das Problem verdunkelt und die wahre Lösung erschwert[121]). Gewiß ist zuzugeben, daß die Erkenntnis, daß überhaupt vorvertragliche Pflichten entstehen, ein bedeutender Fortschritt war. Das Erfordernis eines später gültigen Vertrages für die Existenz der Sorgfaltspflichten war aber ein Irrweg. Zu bedauern ist auch, daß Leonhard seinen Gedanken der Vereinigung der culpa-in-contrahendo-Lehren bei gültigen und nichtigen Verträgen, den er bereits in seiner schon erwähnten Dissertation andeutet, nicht verfolgt hat. Gerade diese Beschränkung einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß auf gültig abgeschlossene Verträge ist Grundlage einer allgemeinen Kritik an seiner Lehre geworden. Es ist auch tatsächlich unmöglich, die Haftung für das Verschulden vor Vertragsschluß aus dem nachfolgenden Vertrage zu begründen. Leonhards Begründung ist deshalb nicht stischhaltig, weil er das Verschuldensprinzip zugrunde legt[122]). Wenn er an die Parteien verschiedene Anforderungen stellt je nachdem, ob der Vertraga nachträglich zustandekommt oder nicht, so mißt er die Rechtsfolgen ihres Verschuldens nach einem Gesichtspunkt, der den Parteien zur Zeit der Begehung der schädigenden Handlung noch nicht bekannt sein kann[123]). Grundsatz jeder Haftung für Verschulden ist aber, daß derjenige, der haftbar gemacht wird, zur Zeit der Begehung der schädigenden Handlung sich darüber klar werden kann, ob eine Verantwortlichkeit eintreten wird oder nicht.

Regelsberger[124]) stimmt Leonhard im Ergebnis zu. Nach seiner Ansicht ist es aber zweifelhaft, ob sich die gesetzliche Haftung als Bestandteil des geltenden Rechts mittels Analogie nachweisen läßt. Er sagt dann aber, wenn dieses verneint würde, so läge Anlaß für die Jurisprudenz vor, die Lücke auszufüllen. „Denn daß eine solche Haftung mit der grundsätzlichen Regelung des Vertragsrechts oder mit einer einzelnen Vorschrift im BGB. in Widerspruch stehe, wird niemand behaupten; vielmehr fügt sie sich in das Ganze als wünschenswerte Ergänzung ein".

Dagegen lehnt Enneccerus[125]) die Ansicht von Leonhard entschieden ab. Er meint gerade im Gegensatz zu Leonhard, daß es nach den zu seiner Zeit im Verkehr herrschenden Ansichten wohl eine etwas zu hoch gespannte Forderung sei, daß jeder beim Kontrahieren, das doch zunächst die Befriedigung eigener Interessen bezwecke, stets sorgfältig die Interessen des Gegners wahrnehmen müsse. Weiterhin sei aber auch im Gesetz das Einstehen für bloße Fahrlässigkeit im Kontrahieren geradezu verneint worden; denn nach § 463 BGB. solle eine Schadensersatzpflicht nur eintreten, wenn der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen habe. Wäre es dennoch der Fall, so sagt Enneccerus: „Es wäre ein unglaublicher Verstoß des Gesetzgebers, diese Ersatzpflicht nur in den Fällen der besonderen Zusage und des arglistigen Verschweigens zu erwähnen, und diese

121) Stoll in LZ. 1923, 533.
122) Verschulden beim Vertragsschluß. 1910. S. 63.
123) Stoll LZ. 1923. 540.
124) Regelsberger JherJ 58, 172 (Gesetz und Rechtsanwendung).
125) Lehrb. Bd. I 2 § 266 III. Eine andere Ansicht vertrat er in der 8. Bearb. 1922, in der die reichsgerichtliche Rechtsprechung „als eine den Grundgedanken des BGB. entsprechende Fortentwicklung des Rechts" Beifall findet.

beiden Fälle in § 463 BGB. allen übrigen, in denen nur Wandlungs- und Minderungsansprüche entstehen, ausdrücklich gegenüberzustellen".

b) Stellungnahme der Rechtsprechung und Wissenschaft.

Die Lehre Leonhards wurde bald darauf vom Reichsgericht anerkannt[126]). Die erste Entscheidung, die eine Haftung für vorvertragliches Verschulden nicht, wie die oben wiedergegebene Rechtsprechung aus besonderen Umständen des gerade vorliegenden Falles, sondern aus einem allgemeinen Prinzip anerkannte, beruft sich ausdrücklich auf Leonhard. Das Reichsgericht hat des öfteren auf diese Entscheidung Bezug genommen. Es ist deshalb auf sie näher einzugehen.

Die Klägerin hatte der Beklagten in einem Vertrage den Vertrieb von Fabrikaten, darunter den des Luisin-Lichtes, für die Dauer von 10 Jahren übertragen. Die Klägerin hatte aber den Beklagten nicht über die von der Konkurrenz erhobenen, aber von der Klägerin für unbegründet gehaltenen patentrechtlichen Ansprüche unterrichtet. Die Konkurrenz legte nun, nachdem der Beklagte eigene Verkaufsstellen in ganz Deutschland errichtet hatte, den Verkauf des Luisinlichtes vollkommen lahm. Das Reichsgericht hat den der Klageforderung entgegengestellten Schadensersatzanspruch des Beklagten anerkannt und zwar aus folgenden Gründen: Da von der ungestörten Ausübung des Vertriebes des Luisinlichtes für den Beklagten die Erreichung des Vertragszwecks und der von dem Beklagten aus dem Vertrage erhoffte Geschäftsgewinn im wesentlichen abhing, bestand für die Klägerin die rechtliche Pflicht, dem Beklagten vor dem Vertragsschlusse Mitteilung von den Ansprüchen der Konkurrenz zu machen. Nach Ansicht des Reichsgerichts durfte nämlich der Beklagte „die Offenbarung und Aufdeckung dieser Tatsachen nach Treu und Glauben und nach der Auffassung des redlichen und reellen Verkehrs erwarten". Ausdrücklich betont dann das Reichsgericht, daß „die Rechtspflicht zur Kundgabe der fraglichen Tatsachen für die Klägerin schon bei den Verhandlungen über den Vertrag bestand. Sie bestand weiter nach dem Abschluß des Vertrages, da die Klägerin im Sinne desselben den Beklagten über die für den Vertrieb des Luisinlichtes wichtigen Vorgänge auf dem Laufenden zu halten hatte". Unmißverständlich wird in dieser Entscheidung noch ausgeführt, daß diese Mitteilungspflicht nicht nur nach, sondern auch schon vor Vertragsschluß bestand. Die zum Vertrage führenden Verhandlungen und der Abschluß des Vertrages bildeten nämlich „ein einheitliches Ganzes". In allen Entscheidungen dieser Entwicklungsperiode kehrt jener Ausdruck immer wieder[127]). Man sieht hieraus, wie Leonhards Ansicht vom Reichsgericht aufgenommen wurde. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch, so sagt das Reichsgericht, auch keine besondere Bestimmung über diese Pflichten, die Vertragspflichten sind, kenne, so habe es diese doch nicht abgelehnt. Treu und Glauben sowie die Bedürfnisse des red-

126) RG. JW. 1912. 743.

127) Mit Recht erhebt Levy (JW. 1922. 1313) den Einwand, daß der Vertrag durch Verhalten beim Vertragsschlusse nicht verletzt werden könne, weil der abgeschlossene Vertrag selbst eine Folge der vorangegangenen Pflichtverletzung sei und der Abschluß des Vertrages auf die Entstehung von Pflichten vor dem Vertrage ohne Einfluß sein müsse.

lichen Geschäftsverkehrs verlangten, daß eine Vertragspartei verpflichtet sei, der andern die für deren Willensentschluß bedeutenden Tatsachen zu offenbaren, und daß sie für deren schuldhafte Verheimlichung einzustehen habe. Die Verletzung der vorvertraglichen Pflichten beruhe auf Fahrlässigkeit und erzeuge einen Ersatzanspruch in entsprechender Anwendung des § 276 BGB. Mithin sei der Schadensersatzanspruch des Beklagten begründet und auf das positive Interesse gerichtet.

Der später von einem anderen Senat des Reichsgerichts unternommene Versuch[128]), die grundlegende Bedeutung dieser Entscheidung und ihre Begründung in einem besonderen Vertrauensverhältnis der Parteien zu sehen, ist nicht als geglückt anzusehen. Es muß vielmehr festgehalten werden, daß sich das Reichsgericht in der oben erwähnten Entscheidung durchaus auf die Seite Leonhards gestellt und grundsätzlich eine Haftung aus vorvertraglichem Verschulden für die Fälle angenommen hat, in denen es auf Grund der Verhandlungen, bei denen die eine Partei schuldhaft handelte, zum Vertragsschlusse gekommen war[129]).

Das Reichsgericht hat die in dieser Entscheidung zum ersten Male zum Ausdruck gebrachten Grundsätze auch später häufig angewandt. So wurde nämlich vom Reichsgericht in dem Falle, in dem der Schiffer über die Beschaffenheit der Ladung getäuscht oder ihm die gefahrdrohende Eigenschaft verschwiegen und dadurch das Schiff beschädigt worden war, eine Schadensersatzpflicht angenommen[130]). Diese letzte Entscheidung ist nun nicht etwa deswegen nicht heranzuziehen, weil sie auf der positiven Vorschrift des § 45 I BinnSchiffG. beruht, wonach der Befrachter schadensersatzpflichtig wird, wenn er schuldhaft falsche Angaben über die Ladung macht. Das Urteil geht vielmehr über diesen Paragraphen hinaus. Nach Ansicht des Reichsgerichts ist nämlich das Verschweigen von dem Verfrachter bekannten gefährlichen Eigenschaften der Ladung den schuldhaft falschen Angaben über die Ladung gleichzusetzen. Werde diese Pflicht, die b e i wie n a c h Vertragsschluß bestehe, verletzt, so habe der Befrachter aus culpa in contrahendo zu haften[131]).

In diesem Zusammenhang sei noch eine andere Entscheidung des Reichsgerichts erwähnt[132]). Dort wurde einem Unternehmer, der durch fahrlässig falsche Angaben des Bestellers, nämlich durch unrichtige Angaben über die Straßenhöhe zu falscher Preisberechnung und dadurch zu ungünstiger Preisvereinbarung veranlaßt worden war, ein Schadensersatzanspruch gewährt. Der durch die falschen Angaben erregte Irrtum sei, wie das Reichsgericht betont, ein wesentlicher Irrtum, nämlich ein solcher über den Inhalt der Willenserklärung des Unternehmers, die dieser bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Der Vertrag war aber wegen dieses Irrtums nicht angefochten worden, so daß das Reichsgericht einen Schadensersatzanspruch aus einem Verschulden beim Vertragsschluß gab. Zur Gruppe der Entscheidungen, die mit der Lehre Leonhards in engem Zusammenhang stehen, gehört dieses Urteil, weil in ihm der Hinweis, daß Vertragsschluß und Ver-

128) RG. JW. 1916, 115; RG. 88, 105.
129) Hachenburg zu RG. JW. 1916, 115 Nr. 2 und Cohen JW. 1916, 373 ff.
130) RG. 93, 163.
131) Siehe auch RG. 97, 325; 103, 47 u. a.
132) RG. 95, 58 ff. und dazu auch die Besprechung Oertmann in JW. 1919, 35.

tragserfüllung ein einheitliches Ganzes bilden, enthalten ist, wenn auch zur Begründung der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß darauf hingewiesen wird, daß eine Verpflichtung zum Ersatz des Schadens aus culpa in contrahendo nicht nur bei gültigen Verträgen in § 463 S. 2 BGB. und § 694 BGB., sondern auch bei Verträgen, die nach §§ 179, 307, 309 nichtig sind[133]), besteht.

Mit dieser von früheren Urteilen[134]) insofern abweichenden Entscheidung, als nach Ansicht des RG. der Kalkulationsirrtum wesentlicher Irrtum ist, steht die Auffassung Titzes[135]) über die Anwendung des Verschuldens beim Vertragsschluß in Einklang. Titze hält eine Haftung aus culpa in contrahendo immer dann für ausgeschlossen, wenn ein Anfechtungsrecht nicht gegeben ist. Nach Titzes Ansicht verfolgen nämlich Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches aus vorvertraglichem Verschulden und Irrtumsanfechtung den gleichen Zweck und zwar Beseitigung der Nachteile, die der Vertragsabschluß für den Geschädigten gehabt hat. Aber gerade um des engen Zusammenhanges willen müsse die Begrenzung der Irrtumsanfechtung, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch geregelt habe, auch eine Schranke für die culpa in contrahendo bilden. Käme man zu einem anderen Ergebnis, so würde man den Willen des Gesetzgebers mißachten und einen von ihm nicht gewünschten Erfolg herbeiführen. Dann wäre nämlich in den Fällen, in welchen die Vertragsparteien wegen der Grenzen des Anfechtungsrechtes an den Vertrag und seine rechtlichen Folgen gebunden seien, die Möglichkeit gegeben, einen Ausgleich auf dem Umwege des Ersatzes für culpa in contrahendo zu erlangen. Die Notwendigkeit, den Ersatzanspruch aus dem Verschulden beim Vertragsschluß mit dem Anfechtungsrecht in Einklang zu bringen, werde sich in allen den Fällen ergeben, in denen das schuldhafte Verhalten bei den Vertragsverhandlungen darin bestehe, daß die eine Partei die andere nicht pflichtgemäß aufgeklärt habe. Aus dieser Verletzung der Offenbarungspflicht ergäben sich Anfechtungsrecht und Schadensersatz[136]). Da beide Ansprüche den gleichen Ursprung hätten, erwachse die Notwendigkeit, sie auch im Umfange aneinander anzugleichen. Das Anfechtungsrecht sei im Bürgerlichen Gesetzbuch zwingend geregelt; mithin müsse sich die Gewährung oder Ablehnung des Ersatzanspruches danach richten[137]). Dieser Ansicht Titzes ist zuzustimmen. Denn es ist, wie später noch gezeigt werden wird, unzulässig, die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß auch da zur Anwendung zu bringen, wo das Gesetz eine Lösung schon selbst gibt.

Wie schon oben erwähnt, ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts allerdings nicht ohne Schwankungen geblieben. So läßt sich nämlich eine bald überwundene Meinung feststellen, die darauf hinausging, die frühere ablehnende Stellung wieder aufzunehmen. Es wurde eine allgemeine Rechtspflicht zur Offenbarung von Mängeln für den Verkäufer bei Vertragsverhandlungen im allgemeinen abgelehnt[138]). Wenn ein Vertrag nicht zustandegekommen sei, sei auch keine Rechtspflicht der Parteien gegeben. Erst wenn ein gültiger Vertragsabschluß vorliege, käme es zur Anwendung von § 276 BGB. Nur

133) Weiterhin wird dann noch ausführlich erörtert, daß der Anspruch nach Treu und Glauben bestehen müsse.
134) Vgl. z. B. RG. 55, 370; 64, 268.
135) Handwörterb. d. RWiss. Bd. VI, S. 519 ff.
136) RG. 59, 59; v. Tuhr Allg. T. II 1 S. 488.
137) a. M. Berger a. a. O. S. 54.
138) RG. 88, 105.

ein besonderes Vertrauensverhältnis könne dagegen die Parteien verpflichten, schon vor Vertragsschluß auf die Interessen des Vertragsgegners Rücksicht zu nehmen. Diesem Vertrauensverhältnis wird offenbar nicht etwa eine Bedeutung als Maßstab des zu vertretenden Verschuldens beigemessen — daß ein Verschulden vorliegt, wird anerkannt —, sondern aus seiner Verletzung soll sich eventuell die Rechtswidrigkeit ergeben, d. h. erst dieses Vertrauensverhältnis bewirkt das Bestehen eines Schuldverhältnisses, dessen Nichtinnehaltung nach § 276 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet. Die Grundlage der Entscheidung aus dem Jahre 1912 wird also gerade hier abgelehnt.

In einer anderen Entscheidung[139]) wird die Pflicht des Verkäufers eines Hauses, vor dem Abschluß des Vertrages dem Käufer die Mietverträge vorzulegen, verneint. Es hatte nämlich der Verkäufer eines Hauses trotz Befragen geleugnet, daß besondere Mietabmachungen beständen. Dies geschah nicht arglistig, aber das mangelnde Bewußtsein beruhte doch auf einer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Nach Ansicht des Reichsgerichts hat nun vor Vertragsschluß eine Rechtspflicht zur Vorlegung von Mietverträgen nicht bestanden. „Die in § 444 BGB. vorgesehene Auskunftspflicht des Verkäufers hat einen bereits abgeschlossenen Vertrag zur Voraussetzung", „wie aus Inhalt und systematischer Stellung sich ergibt".[140]) Auch hier wird darauf hingewiesen, daß sich eine Mitteilungspflicht aus einem besonderen Vertrauen ergeben könne.

Zu diesen die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß auf den Fall eines besonderen Vertrauensverhältnisses einschränkenden Entscheidungen gehört noch das Urteil vom 28. September 1915[141]). Die Klägerin hatte am 20. Juli 1910 die Herstellung eines Entwässerungsgrabens übernommen. Die Vergebung des Unternehmens war von der Beklagten öffentlich ausgeschrieben und das Angebot der Klägerin, den Graben für einen Werklohn von 46 943 RM herzustellen, angenommen. Die Klägerin behauptete, daß ihr bei der Ausführung Mehrkosten dadurch entstanden seien, daß die Beklagte es unterlassen habe, durch Bodenuntersuchungen die Beschaffenheit des Geländes festzustellen und den sich um die Arbeit Bewerbenden hierüber zur Beurteilung der Schwierigkeit und des Umfangs des Werks dienende Anhaltspunkte zu geben. Das Reichsgericht lehnt hier eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß ab; es verneint die Frage, daß nach allgemeinen Grundsätzen jede Partei auch beim Vertragsschluß für ihr fahrlässiges Verhalten aufzukommen habe[142]).

Zusammenfassend kann aber gesagt werden, daß diese vorübergehende Rechtsprechung des Reichsgerichts einen bleibenden Einfluß auf die Theorie der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß nicht gewinnen konnte.

Im Schrifttum fand Leonhard zuerst in Oertmann[143]) einen grundsätzlichen Anhänger. Dieser geht von der Frage aus: „Wie weit hat der Bauherr dafür aufzukommen, daß er (oder sein Organ im Sinne von § 31 BGB.) bei Vornahme der zur Prüfung des Baugrundes vor-

139) RG. JW. 1916, 116 Nr. 3.
140) RG. 52, 168.
141) JW. 1916, 115.
142) So auch Cohen in JW. 1916, 374.
143) LZ. 1914, 513.

zunehmenden Bohrungen und sonstigen Vorarbeiten, auf Grund deren hernach die Submission und der Zuschlag der Ausführungsarbeiten erfolgte, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat?"

Er unterscheidet einmal die Verletzung von Anzeigepflichten, zum andern die Verletzung von Untersuchungspflichten. Bei der Verletzung der Anzeigepflichten treffe den Besteller der Vorwurf der Kenntnis und des arglistigen Verschweigens hinsichtlich der besonderen, die Ausschachtungsarbeiten wesentlich erschwerenden und verteuernden Bodenbeschaffenheit. Bei der Verletzung der Untersuchungspflicht verschweige der Besteller ihm fahrlässigerweise unbekannt gebliebene Umstände. Im ersten Falle liege ein Verschulden sowohl vor wie nach Vertragsschluß, im andern Falle dagegen nur ein Verschulden vor dem Vertragsschluß vor; denn zur Untersuchung des Vertragsgegenstandes habe der Vertragsgegner nach Vertragsabschluß keinen Grund mehr.

Nach Oertmanns Ansicht ist die Anzeigepflicht eine Vertragspflicht, die Verletzung dieser Pflicht eine Vertragsverletzung, die bei Verschulden nach § 276 BGB. verantwortlich mache. Die Verletzung der Anzeigepflicht nach Vertragsabschluß sei ohne weiteres einleuchtend so zu begründen, ihre Verletzung vor Vertragsabschluß sei aber ebenso zu behandeln. „Es wäre gerade widersinnig, wenn der Besteller um deswillen weniger haften sollte, weil er den verschwiegenen Umstand bereits beim Vertragsschlusse gekannt, also noch länger und hartnäckiger in dem unstatthaften Schweigen verharrt hat, als wenn er die Kenntnis des zu offenbarenden Umstandes erst hernach erlangt hätte". Dagegen ist bei Verletzung der Untersuchungspflicht nach Ansicht von Oertmann die Anwendung des § 276 BGB. ein unstatthaftes hysteron proteron; denn der spätere Vertrag könne nicht die Rechtsgrundlage der zeitlich vorangehenden Untersuchungspflicht bilden.

Die für Oertmann selbstverständliche Ergänzung der Gesetzeslücke vollzieht er im Wege der Rechtsanalogie. Dabei weicht er von seiner früheren Auffassung, daß in diesem Falle nur die Vorschriften über unerlaubte Handlungen dem Besteller einen ausreichenden Rechtsschutz gewähren, ab[144]). Nach seiner Ansicht ordne der § 463 BGB. nicht die Begründung der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß, sondern die Verschärfung der Haftung an[145]). Wenn die §§ 122, 179, 307, 309 BGB. eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß sogar bei ungültigen Verträgen anordneten, so wäre es sinnwidrig, „wenn die Haftung des bei Vertragsschluß schuldhaft Handelnden durch den Umstand beseitigt werden könnte, daß der Vertrag rechtswirksam zustandegekommen ist, statt daß dieser Umstand sie umgekehrt eher verstärkt. Die §§ 122 BGB. usw. begründen für die Fälle eines wirksamen Vertrages weniger einen Umkehrschluß als vielmehr ein argumentum a fortiori!" Wenn auch die §§ 122, 179, 307, 309 BGB. zwar kein Verschulden voraussetzen, so setzten sie doch einen „rechtspolitisch wesentlich gleichartigen Tatbestand" voraus.

Weiterhin führt Oertmann zur Begründung seiner Lehre § 538 BGB. an, weil in ihm ein Verhalten bei Vertragsschluß, nicht aber bei

144) Oertmann 2. Aufl. zu § 276 Ziff. 5.
145) LZ. 1914, 520.

Vertragserfüllung schadensersatzpflichtig mache. Gemäß § 538 BGB. haftet der Vermieter für die beim Vertragsschluß schon vorhandenen Mängel der Mietsache selbst ohne besonderes Verschulden auf Schadensersatz und zwar im Sinne des vollen Erfüllungsinteresses. Es wäre unerklärlich, wenn der Vermieter nicht für ein fahrlässiges Verschweigen solcher Mängel wenigstens auf das negative Interesse zu haften hätte.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch bezögen sich außerdem noch die §§ 524, 600 BGB. auf Verschulden bei Vertragsschluß. Die Haftung des Schenkers und Verleihers werde allerdings auf das arglistige Verschweigen beschränkt, weil der Gesetzgeber die Absicht gehabt habe, bei diesen Gefälligkeitsgeschäften nicht die Anordnung, sondern die Abmilderung der Haftung zu regeln. Weiterhin erklärt Oertmann, nachdem er noch andere Bestimmungen des BGB. geprüft hat, den § 645 II BGB. für eine „unmittelbare positiv-rechtliche Anerkennung" der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß. Diese Vorschrift mache nicht eine Einschränkung auf den Fall, daß der Besteller einen mangelhaften Stoff erst nach dem Vertragsschlusse geliefert habe, also dabei eine bestehende Vertragspflicht verletzt habe. Eine Haftung bestehe vielmehr auch dann, wenn z. B. jemand einem Schneider Anzüge seiner scharlachkranken Kinder zur Reparatur ohne vorherige Vereinbarung übergebe, sein Verhalten mithin vor Vertragsschluß liege. Es wäre ungerechtfertigt, wenn man in diesem Falle nicht nach § 645 II BGB. haftbar sein würde, während man schon dafür einstehen müsse, wenn man einem Malermeister während eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses morsche Gerüstbalken zur Verfügung stelle.

Im Gegensatz zu Leonhard nimmt Oertmann aber an, daß bei Verschulden bei Vertragsschluß nicht auf das positive oder Erfüllungsinteresse, sondern auf das negative Interesse gehaftet wird. Nach seiner Ansicht widerspricht die positive Regelung des § 463 BGB. der Haftung auf das positive Interesse. Nur auf Grund von arglistigem Verschweigen eines Fehlers hafte der Verkäufer dem Käufer auf das Erfüllungsinteresse; im übrigen könne er wegen Verschuldens bei Vertragsschluß nicht auf das volle Interesse, sondern nur nach den milderen allgemeinen Regeln in Anspruch genommen werden; denn der Schadensersatzanspruch sei lediglich wegen der Nachteile begründet, die dem Vertragsgegner durch das schuldhafte Verhalten bei den Vertragsverhandlungen erwachsen seien. Mithin hafte er nur auf das negative Interesse[146]) [147]).

Am heftigsten wurde die Ansicht Leonhards von Geppert[148]) angegriffen. Deshalb wird dessen Ansicht gerade an dieser Stelle kurz erörtert werden müssen, obwohl sie aus einer Zeit stammt, in der Wissenschaft und Rechtsprechung weit über die Konstruktion Leonhards hinausgegangen waren. Wie schon oben gezeigt, erkennt Geppert ein Bedürfnis für eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß an; denn in den meisten Fällen werde dem Schaden, den der Getäuschte erleidet, ein Vorteil des Täuschenden gegenüberstehen. Geppert gibt zwar zu, daß es eine unbefriedigende Lösung sei, wenn

146) Oertmann in LZ. 1914, 513. Die Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1916, 115 scheint mit dem dort von Oertmann untersuchten Fall tatbestandsgleich zu sein. Es besteht deshalb die Möglichkeit, daß Oertmann dazu das Gutachten erstattete.

147) Oertmann stützt seine Ansicht nicht nur auf Treu und Glauben wie Steinberg a. a. O. und Berger a. a. O. es behaupten. Vgl. hierzu auch Hildebrandt a. a. O. S. 65 und Oertmann 1919 S. 35.

148) Gruch. 69, 529 ff.

der fahrlässige Vertragschließende bessergestellt werde als der sorgfältige. Das Bürgerliche Gesetzbuch habe nun aber bewußt die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nicht geregelt. Wenn das auch mit dem vorher geltenden Recht in Widerspruch stehe, so liege doch eine Lücke des Gesetzes nicht vor; zu einer Korrektur des Gesetzes durch die Rechtsprechung sei daher kein Anlaß gegeben. Einen Anspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluß hält Geppert dagegen nur für gegeben, wenn auch Gewährleistungsansprüche vorhanden sind und schuldhaft auf die verborgenen Mängel nicht hingewiesen worden ist. In diesem besonderen Falle gibt Geppert eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, weil hier das Allgemeine Landrecht eine Haftung für culpa in contrahendo gekannt habe und das Bürgerliche Gesetzbuch auf diesem beruhe. Den Beweis für die Richtigkeit der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß habe auch die Jahrzehnte lange Rechtsprechung auf diesem Gebiete nicht erbringen können. Er führt die vielen Widersprüche und die von mir schon oft betonten Unklarheiten in den vom Reichsgericht erlassenen Urteilen an, ohne aber durch diese rein negative Kritik überzeugen zu können.

Außerdem gibt es nach Gepperts Ansicht keinen allgemeinen Rechtssatz, „daß der Schuldner, der dem Gläubiger nach dem Vertragsschluß fahrlässig eine falsche Auskunft über den Gegenstand des Vertrages erteilt, für die schädlichen Folgen haftet"[149]). Wenn schon in diesen Fällen ein Anspruch nicht gegeben sei, so könne eine Haftung für culpa in contrahendo erst recht nicht angenommen werden. Gepperts Argumentation trifft schon deshalb nicht zu, weil tatsächlich seit Anerkennung der positiven Forderungsverletzung für jede sich aus der vertraglichen Beziehung ergebende schuldhafte Schädigung während des Bestehens des Vertrages gehaftet wird.

4. Das gesetzliche Schuldverhältnis als Grundlage der Haftung.

a) Die gesetzlichen Erkundigungs- und Anzeigepflichten und ihre analoge Anwendung.

Trotz der Fortentwicklung durch Oertmann hat die Lehre Leonhards den Bedürfnissen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs nicht genügen können. Als notwendig erwies es sich, einen Rechtsschutz gegen vorvertragliches Verschulden auch in den Fällen zu gewähren, in welchen es an einem Vertragsschluß fehlt. Hierbei war die Begründung der Haftung aus dem nachfolgenden Vertrage, abgesehen von ihrer logischen Schwäche, praktisch unmöglich. Aus dieser Schwierigkeit fand Siber einen Ausweg[150]). Sibers Verdienst besteht nach Ansicht von Raiser[151]) darin, daß er als erster die gemeinsame Grundlage der Jhering- und Leonhard-Fälle aufgezeigt und das Erfordernis eines gültigen Vertragsabschlusses fallen gelassen hat. Sibers Erkenntnis, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch für die verschiedensten Fälle zahlreiche vorvertragliche Pflichten kennt und daß man deswegen auf das Erfordernis eines gültig abgeschlossenen Vertrages verzichten müsse, bedeutet tatsächlich einen wesentlichen Fortschritt.

149) a. a. O. S. 536.
150) bei Planck Bd. II 1, 1914, Vorbem. zu § 275 I 4.
151) ArchZiv.Pr. 127, 21.

Siber fand, wie eben erwähnt, eine Anzahl von Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, die äußerlich Androhungen von Nachteilen enthalten, sei es, daß sie Schadensersatzverpflichtungen festsetzen, sei es, daß sie irgendwelche Vereinbarungen für nichtig erklären. Dabei sah er hinter diesem äußeren gesetzlichen Tatbestand Gebotsnormen; diese forderten — so meint er — die Partei auf, vor Abschluß des Vertrages die Interessen des Gegners dadurch zu berücksichtigen, daß sie eine Anzeige-, Erkundigungs- oder Erhaltungspflicht erfüllten. Nach seiner Ansicht gehen Anzeigepflichten auf Mitteilung einer Tatsache an den Gläubiger in dessen Interesse; wo dagegen von der Anzeige nur die Erhaltung eines Vorteils für den Anzeigenden selbst abhängt, liege keine Pflicht, sondern nur ein Gebot des eigenen Interesses vor. Erkundigungspflicht sei die stärkere Verpflichtung, eine Tatsache, die man zwar nicht wisse, aber wissen müsse, oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wisse, mitzuteilen[152]). So habe gemäß § 694 BGB. der Hinterleger den dem Verwahrer durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache entstehenden Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit „bei der Hinterlegung" weder kannte noch kennen mußte, oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt, oder daß dieser sie ohne Anzeige gekannt habe. Hieraus ergebe sich, daß schon vor Vertragsschluß eine Anzeige- und Erkundigungspflicht bestehe, die spätestens bei Vertragsschluß zu erfüllen sei. Während der Vertragsdauer bestehe die Anzeigepflicht weiter, wenn er jene Eigenschaft „bei der Hinterlegung" kannte oder kennen mußte. Dagegen liege der Partei eine Erkundigungspflicht nach Vertragsschluß nicht mehr ob; denn sie hafte nicht, wenn sich nachträglich Umstände ergeben die ihre fortdauernde Unkenntnis als Fahrlässigkeit erscheinen ließen[153]). Andere Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 443, 463, 540, 637 BGB.), die für einen Vertragschließenden an die arglistige Verschweigung von Sach- und Rechtsmängeln Nachteile anknüpfen, zeigten, daß schon vor Vertragsabschluß Anzeigepflichten solcher Mängel beständen. Die §§ 443, 540, 637 BGB. hier auszuscheiden, wie manche es tun wollen, weil sie den schuldigen Teil nicht zum Schadensersatz verpflichten[154]), sondern den Ausgleich in anderer Weise herstellen, scheint nicht begründet; denn sie sollen ja nicht unmittelbar zur Begründung einer Ersatzpflicht im Wege der Analogie herangezogen werden. Es ist daher richtig, wenn Siber aus diesen Vorschriften zu dem Ergebnis gelangt, daß es Rechtspflichten der Parteien gibt, die auch schon vor Vertragsabschluß bestehen. Aus den §§ 286, 276 BGB. ergibt sich dann nach Sibers Auffassung, daß schon jede vorsätzliche oder fahrlässige Nichtanzeige von Mängeln zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der dem Gegner durch sein Vertrauen auf die Mangelfreiheit erwächst. Mit andern Worten: Siber will in Erweiterung dieser Vorschriften eine Pflicht zur Anzeige auch der Tatsachen annehmen, die zwar nicht Mängel im technischen Sinne sind, aber in für den Anzeigepflichtigen erkennbarer Weise den Entschluß des Gegners beeinflussen. Aus den Gesetzesbestimmungen, die bei unentgeltlichen Verträgen Erkundigungs- und Anzeigepflichten bezüglich der Sach- und Rechtsmängel begründen (§§ 523, 524, 1624 II, 600 BGB.), zieht er den Schluß, daß bei

152) a. a. O. I 3 b ß.

153) Hierauf hatten schon Leonhard (Verschulden beim Vertragsschluß. 1910, S. 2) und v. Tuhr (DJZ. 1901, 472) hingewiesen.

154) Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo, S. 20.

anderen Verträgen solche Erkundigungspflichten des Schuldners erst recht bestehen müßten, wenn der Schuldner den anzuzeigenden Mangel infolge eines nach dem Haftungsmaßstabe des konkreten Schuldverhältnisses zu vertretenden Verschuldens nicht gekannt hat. Er weist schließlich auch auf die Anzeigepflichten bei Ablehnung von Vertragsanträgen in den §§ 663 BGB., 362 I HGB., 30 RAO. und auf die gesetzliche Erhaltungspflicht an fremdem Vermögen (§ 362 II HGB.) hin. Der Schadensersatzanspruch bei §§ 307, 309 BGB. beruhe ebenfalls auf Nichtanzeige, und da die Ersatzpflicht auch bei fahrlässiger Unkenntnis eintrete, so bestehe für beide Teile eine Erkundigungs- und Anzeigepflicht. Eine entsprechende Anwendung von §§ 307, 309 BGB. auf andere Fälle der Unwirksamkeit von Verträgen sei abzulehnen[155]). Die Ersatzpflicht bei Scherzerklärungen, Irrtum- und Falschübermittlungen und die des falsus procurator seien dagegen nicht Fälle der Haftung für culpa in contrahendo, da sie nicht auf dem Verschuldens-, sondern auf dem Veranlassungsprinzip beruhten.

Auf die Bedeutung der Theorie Sibers hat es keinen Einfluß, ob er in allen Einzelfällen mit der Heranziehung der Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches im Recht ist und ob die Ausdehnung der Bestimmung immer nach völlig unanfechtbaren Grundsätzen über Analogieschlüsse erfolgt ist.

Zusammenfassend ist also festzustellen:

Für Siber ist im Gegensatz zu Leonhard Haftungsgrundlage nicht mehr der Vertrag, sondern das Gesetz selber. Der Gedanke, daß es sich um gesetzliche Schuldverhältnisse handele, kommt allerdings bei Siber nicht so klar zum Ausdruck, liegt aber seiner Ansicht unzweifelhaft zugrunde.

Es ist Siber zwar zuzugeben, daß die Haftungsgrundlage im Gesetz selber zu suchen ist, doch sind die aus dem Gesetz sich ergebenden Pflichten vertragsähnlicher Art. Weiterhin ist es ein Mangel der Siberschen Lehre, daß die Aufstellung eines allgemeinen Prinzips[156]) fehlt[157]). Er hatte nur auf die Möglichkeit der Analogie hingewiesen. In den Fällen, in denen eine Analogie nicht zu ziehen war, mußte die neue Idee des gesetzlichen Schuldverhältnisses versagen.

Um aber auch darüber hinausgehende Verpflichtungen der Parteien während der Vertragsverhandlungen auf eine rechtliche Grundlage zurückführen zu können, nimmt Siber einen stillschweigenden Abschluß eines vorbereitenden Vertrages an[158]). Hier kann man jedoch nicht von culpa in contrahendo im dogmatischen Sinne sprechen, da die Verletzung der Pflichten aus dem vorbereitenden Vertrage ein Verschulden bei der Erfüllung dieses Vertrages darstellt. Auch bei Siber handelt es sich hier nur um eine culpa in solvendo. Trotzdem

155) Ebenso Rabel ZSchweizR. 27, 324; Brecht JherJ. 53, 282, will gerade aus der Gesetzesanalogie zu § 307 BGB. die Haftung für culpa in contrahendo begründen. Auch Titze, Handwörterb. d. RWiss. S. 521, will ihn auf rechtsähnliche Fälle anwenden: „Nach unserer Auffassung besteht kein Grund, ihn (§ 307) nicht auch anderwärts anzuwenden, wo eine Partei die Nichtigkeit gekannt hat oder hätte kennen müssen".

156) Kuhlenbeck DJZ. 1905, 1142 ff. hatte nur für die Fälle der nichtigen Erklärung ein allgemeines Prinzip aufgestellt.

157) Die Möglichkeit der Feststellung eines allgemeinen Prinzips leugnet Bogusch (a. a. O. S. 37), weil die gesetzlichen Bestimmungen, die eine Haftung für Verhalten vor Vertragsschluß regelten, nichts Gemeinsames aufzuweisen hätten. Diese Ansicht ist aber nicht richtig.

158) Planck 1914 Vorb. zu § 275 I 4 c; ebenso Kreß, Lehrb. d. Allg. Schuldrechts S. 584; Siber (Grundriß) S. 106.

haben wir es hier mit einer Rechtsfigur zu tun, die mit der culpa in contrahendo in Zusammenhang steht und deshalb hier kurz erörtert werden kann, weil der Zweck des Vertrages die Regelung des Verhältnisses der Parteien vor Abschluß des geplanten Hauptvertrages ist. In der Annahme solcher Verträge geht Siber sehr weit. So kommt nach seiner Ansicht durch die Eröffnung eines Ladens und den Eintritt eines Kauflustigen ein Vertrag zustande, und zwar schon bevor der Kauflustige sich Waren vorlegen läßt. Mithin liegen hier ein Antrag an eine unbestimmte Person und eine Annahme gemäß § 151 BGB. vor, nicht etwa ein einseitiges Schuldverhältnis oder ein vertragsähnliches Verhältnis[159]).

Wie schon erwähnt[160]), hatte auch das Reichsgericht in einigen Fällen einen vorbereitenden Vertrag angenommen, jedoch nur, wenn die Beziehungen der Beteiligten schon engere waren.

Die vielfach aufgestellte Behauptung, daß die Annahme von stillschweigenden Vertragsschlüssen auf Fiktion von Willenserklärungen beruhe[161]), bezeichnet Siber als unberechtigt, weil nach § 157 BGB. nicht der wirkliche Wille, sondern der objektiv zu vermutende Wille Gegenstand der Auslegung sei. Die Auslegung nach § 157 BGB. diene daher nicht zur Erforschung des nicht erklärten wahren Willens, sondern habe nach Treu und Glauben in der Weise zu erfolgen, daß zu ermitteln sei, welcher Wille nach dem Verhalten und den Äußerungen einer Partei als der ihre ihr entgegengehalten werden könne. Danach könne sich bei der Auslegung von Erklärungen und konkludenten Handlungen ein Wille zum Vertragsschluß ergeben, der in Wahrheit gar nicht vorhanden gewesen ist.

Dagegen gibt, was Siber übersieht, § 157 BGB. nur eine Grundregel über die Auslegung der Verträge, und nicht der Willenserklärungen. § 133 BGB. hingegen spricht allein von der Auslegung von Willenserklärungen. Mithin ist zunächst zu untersuchen, ob überhaupt auf einen Vertragsschluß gerichtete Willenserklärungen vorliegen, wenn beispielsweise ein Warenhaus zur Besichtigung seiner Ausstellung ohne Kaufzwang einlädt und jemand dem Folge leistet. Nur wenn diese Frage bejaht wird, können Auslegungsregeln zur Anwendung kommen. Der gegen Siber vorgebrachte Einwand der Fiktion ist daher berechtigt, da Siber, ohne auf den § 133 BGB. einzugehen, lediglich unter Berufung auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte einen durch die Verhandlung konkludent geschlossenen Vorvertrag annimmt. Zuzugeben ist jedoch, daß die Annahme der Fiktion notwendig und nützlich für die Weiterentwicklung der Lehre war, da man die rechtliche Grundlage der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß noch nicht erkannt hatte. Gerade im Hinblick auf die weitere Entwicklung sind die oben angeführten Darlegungen auch nicht überflüssig, da es sich als besonders bedeutsam erwies, ob für die Verletzung von Personen bei den Vertragsverhandlungen rechtsgeschäftlich aus dem Gesichtspunkt der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß oder aus einem Vorvertrage gehaftet wird.

159) a. A.: Ostwald, Der Erfüllungsdiener 1920 S. 143 ff. und Fürst LZ. 1910, 177 ff. Ostwald stützt die rechtsgeschäftliche Haftung des Geschäftsinhabers auf ein durch einseitiges Rechtsgeschäft begründetes Schuldverhältnis, dessen nach § 305 BGB. erforderliche gesetzliche Grundlage das Gewohnheitsrecht ist.

160) Vgl. S. 27 ff.

161) So Walsmann in ZHR. 84, 219.

b) Das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlung.

aa) Anfänge dieser Rechtskonstruktion.

Die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 78 S. 239 ließ im Gegensatz zu Siber völlig außer Betracht, ob im einzelnen konkreten Fall eine Analogie möglich sei. Das Reichsgericht schuf vielmehr einen allgemeinen Grundsatz, nach dem zwischen den Parteien während der Vertragsverhandlungen ein Rechtsverhältnis und zwar ein sog. vorbereitendes Rechtsverhältnis bestehe[162]). Hierdurch sollte aus reinen Billigkeitserwägungen in den Fällen, in denen bei den Vertragsverhandlungen die Person eines der Vertragschließenden verletzt worden war, geholfen werden. Als das Reichsgericht dieses vorbereitende Rechtsverhältnis anerkannte, erwähnte es dabei in keiner Weise den engen Zusammenhang mit der Lehre der culpa in contrahendo[163]).

Dem Reichsgerichtsurteil (VI v. 7. 12. 11) lag folgender Tatbestand zugrunde: Die Klägerin hatte sich in ein Warenhaus begeben, um einen Linoleumteppich zu kaufen. Der Angestellte des Warenhauses zeigte der Klägerin verschiedene Muster. Die nicht gefallenden Muster stellte er auf die Seite und zwar aufrecht hin. Diese Rollen fielen um, trafen die Klägerin und ihr Kind und verletzten beide nicht unerheblich. Der Kauf des Teppichs unterblieb dann. Die Klägerin verlangt nun den durch den Unfall erlittenen Schaden von dem Eigentümer des Warenhauses ersetzt. Das Reichsgericht brachte hier die §§ 275 ff. BGB., insbes. §§ 276 und 278 BGB. zur Anwendung und verurteilte den Warenhausbesitzer wegen des Verschuldens seines Angestellten zum Schadensersatz. Denn der Antrag auf Vorlegung des Linoleumteppichs und die Annahme des Antrags bezweckten die Hervorbringung eines Kaufs[164]), also eines rechtsgeschäftlichen Erfolges. Das sei aber kein tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde, sondern es entstehe „ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als beiden Teilen die Pflicht erwuchs, bei Vorlegung und Besichtigung die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des andern Teils zu beobachten". Eine weitere Begründung gibt das Reichsgericht nicht. Wenn es weiterhin in diesem Urteil die schon oben erwähnten Entscheidungen[165]), die einen vorbereitenden Vertrag annehmen, mit dem Hinweis darauf anführt, daß dort ähnliche Grundsätze schon angewendet worden seien, so beweist dies nur zu deutlich, daß sich das Reichsgericht der grundlegenden Neuheit seiner Auffassung gar nicht bewußt war. Die früheren Entscheidungen gehen nämlich von einem besonderen Vertrag als Haftungsgrundlage aus, während in der hier besprochenen Entscheidung ausdrücklich hervorgehoben wird, daß ein vorbereitendes Rechtsverhältnis mit nur vertragsähnlichem Charakter vorliegt. Daraus ergibt sich, wenn das auch nicht näher begründet wird, daß nicht die Vorschriften über die unerlaubte Handlung zur Anwendung kommen, sondern nur die Vorschriften des Vertrages. Diese letzteren aber auch

162) Hiergegen Josef, Recht 1916, 473.
163) Stoll macht mit Recht hierauf aufmerksam. LZ. 1923, 535.
164) v. Tuhr (a. a. O. S. 488 Anm. 189) sagt: Richtiger wäre zu sagen, „die Vorlegung bezweckt, den Kunden zu veranlassen, einen Kaufvertrag zu schließen".
165) RG. 65, 17; 66, 402.

nur, soweit die Parteien einen rechtsgeschäftlichen Erfolg gewollt haben. Mithin sind die sogenannten Warenhausbummler von den ernsthaften Käufern zu scheiden.

Siber[166]) hält die Entscheidung nur dann für richtig, wenn es in der Begründung anstatt vertragsähnliches Verhältnis vorbereitender Vertrag heißt. Damit verringert Siber die Bedeutung des Urteils; aber diese Ansicht ist nicht ganz unbeachtlich. Nimmt man nämlich — mit Siber — zwischen den Parteien einen vorbereitenden Vertrag an, so ist dieser durch § 157 BGB. zu ergänzen (Oertmanns konstruktive Willensergänzung). Die Folge hiervon wäre, daß man auf Grund der Ergänzung nach Treu und Glauben auch zu einem Vertrage zugunsten Dritter (nämlich des Kindes) kommen könnte[167]). Man würde also, sofern man Sibers Ansicht folgt, auch zur Haftung für die Verletzung des Kindes gelangen, während man auf Grund des vorbereitenden Rechtsverhältnisses zu einer Haftung für die Verletzung des Kindes nicht kommen kann, da dieses Verhältnis nur zwischen dem Warenhausinhaber und der Kundin bestehen kann. Der Ansicht Sibers ist daher für diesen Fall der Vorzug zu geben.

Eine andere Entscheidung desselben Senats des Reichsgerichts[168]) [169]) beweist ebenfalls, daß nur dann eine vertragsmäßige Haftung eintritt, wenn ein rechtsgeschäftlicher Erfolg gewollt war. Hier war nämlich dem Kläger ein schwerer Metallständer von der Galerie des ersten Stockes auf den Kopf gefallen. Ein Schadensersatzanspruch gegen die Warenhaus A.G. gemäß § 823 in Verbindung mit § 31 BGB. war nicht begründet, da den satzungsmäßigen Vertretern das erforderliche Verschulden nicht nachgewiesen werden konnte. Für den Geschäftsführer bot die Warenhaus-A.G. den Entlastungsbeweis des § 831 BGB. an und drang damit auch durch. Eine vertragsmäßige Haftung war nach Auffassung des Reichsgerichts in diesem Fall im Gegensatz zu dem Linoleumfall[170]) deshalb nicht entstanden, weil ein durch Vorlegung von Waren an den Kauflustigen begründetes vertragsähnliches Verhältnis nicht bestand; das bloße Betreten eines Warenhauses mit oder ohne Kaufabsicht genüge nicht. § 276 sowie § 278 BGB. komme daher nicht zur Anwendung.

Diese Entscheidungen finden Beifall und Verteidigung bei Fischbach[171]). Nach ihm muß zu dem Umstand, daß die Parteien einen rechtsgeschäftlichen Erfolg gewollt haben, noch ein weiteres Moment zur Begründung des Rechtsverhältniss hinzutreten und zwar „die Vorbereitungshandlung als solche, an welche sich die rechtsgeschäftlichen Folgen knüpfen". Nach seiner Ansicht liegt diese nur vor, wenn durch die Handlung der rechtsgeschäftliche Erfolg auch tatsächlich vorbereitet wird.

Die Entscheidung in RG. 78, 239 und Fischbachs Abhandlung waren für die Weiterentwicklung der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß grundlegend. Ihre Bedeutung liegt jedoch nur in der

166) JherJ. 70, 259 ff.; **a. M.** Fürst LZ. 1910, 177 ff.
167) Vgl. zu dieser Frage auch Schneider, DtschR. 36, 424.
168) JW. 1913, 23 ff.
169) s. auch LZ. 1914, 1530. Hier lag folgender Tatbestand vor: Während die Frau die Fahrkarten lösen wollte, suchte der Kläger den Abort auf. Er fiel aber dabei in eine dunkel gelegene Baugrube. Der Schadensersatzanspruch wurde abgewiesen. Nach Ansicht des Reichsgerichts kann von einer vertraglichen oder auch nur vertragsähnlichen Haftung des verklagten Eisenbahnfiskus aus dem Beförderungsvertrag keine Rede sein, solange der Reisende noch keine Fahrkarte gelöst hat.
170) RG. 78, 239.
171) ArchBürgR. 41, 160.

Idee, nicht aber in der Begründung, da diese, wie schon oben gesagt, bei beiden vollkommen fehlt[172]).

Das vom Reichsgericht und von Fischbach anerkannte Rechtsverhältnis ist ein Schuldverhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs, da es zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet. Diese Schlußfolgerung ist berechtigt, wenn man § 241 BGB. als Legaldefinition ansieht. Ob § 241 BGB. so aufzufassen ist, ist streitig. Man wird ihn richtig aber so auslegen müssen[173]), zumal da auch die vom Gesetz abweichenden Definitionen den hier erörterten Fall als Schuldverhältnis anerkennen würden. Es entsteht zweifellos nicht durch Vertrag. Die Begründung desselben erscheint allerdings in Anbetracht des § 305 BGB. noch ungeklärt, da es zweifellos nicht durch Vertrag entsteht.

Aus alledem ergibt sich, daß die Befriedigung des praktischen Bedürfnisses der dogmatischen Klarheit vorausging. Auch in der Folgezeit machte sich dies in Entscheidungen des Reichsgerichts noch mehrfach bemerkbar. So hat das Reichsgericht einmal[174]) unter ausdrücklicher Berufung auf RG. 78, 239 ausgeführt: Es sei ein in der Rechtsprechung anerkannter Grundsatz, daß schon durch Vorverhandlungen zwischen den Beteiligten gewisse rechtsgeschäftliche Pflichten begründet werden und zwar auch dann, wenn sie zu keinem Vertrage führen.

Daß in keinem der besprochenen Fälle es zu einem Vertrage gekommen war, weder in dem Linoleum- noch in dem Ständerfall, soll noch einmal hervorgehoben werden. Haftungsgrundlage ist das vorbereitende Rechtsverhältnis und nicht mehr der erst gültig abzuschließende Vertrag. Mithin ist dieser nicht mehr Voraussetzung der Haftung.

bb) von Tuhr als Schöpfer des Begriffs.

Aus dem vorbereitenden Rechtsverhältnis ergaben sich nur Sorgfaltspflichten für die Person und das Eigentum der Beteiligten bei Vertragsverhandlungen. Dagegen dehnte v. Tuhr[175]) den Kreis der Pflichten, bei deren Verletzung eine vorvertragliche Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß eintritt, weiter aus. Er führt die Haftung auf ein zwischen den Parteien begründetes Rechtsverhältnis zurück. Vor Zustandekommen des Konsenses sei zwar das Vertragsverhältnis mit den auf ihm beruhenden Rechten und Pflichten noch nicht begründet. Jedoch bestehe schon während der Vertragsverhandlungen als Vorläufer des Vertrages zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis mit eigenartigen Wirkungen. Das „Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlung" habe die wichtige Rechtsfolge, daß für die Parteien die Pflicht entstehe, einander Aufklärung über Tatsachen zu geben, die für die Entschließung des Gegners von ausschlaggebender Bedeutung seien. Einige Bestimmungen über dieses Verhältnis enthalte das Bürgerliche Gesetzbuch bei einzelnen Verträgen (§§ 523 I, 524 I, 600, 694 sowie 463 S. 2; ferner §§ 307, 309). Aber auch wenn Gesetzesbestimmungen fehlten, müsse trotzdem nach Vertrag gehaftet werden und nicht nach Deliktsregeln. Denn es handele sich hier nicht um einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, sondern um Nichterfüllung einer Pflicht.

172) s. Niemann, Verschulden bei Vertragsschluß, in Rechtsfragen der Praxis, Bd. 57, 16.
173) Bogusch S. 52 ff.; Dömpke a. a. O. S. 14 ff.
174) JW. 1927, 262.
175) Allg. T. II 1, S. 486 ff.

Fähig zur Erfüllung einer Vertragspflicht sei aber nur der, der geschäftsfähig sei. Deshalb könne ein Minderjähriger, der in Vertragsverhandlungen trete, sich durch solche Rechtshandlungen ebensowenig wie durch Vertrag verpflichten. Sein Verschulden im Stadium der Vertragsverhandlungen mache ihn daher nur dann schadensersatzpflichtig, wenn es ein deliktisches Verschulden sei[176]) [177]).

Für dieses vorvertragliche „Rechtsverhältnis mit eigenartigen Wirkungen" gibt v. Tuhr eine Begründung nicht. Insbesondere macht er auch keine Angaben, worauf es beruht, sondern begnügt sich damit, die Rechtsnatur als infolge Unklarheit des Gesetzes streitig zu bezeichnen. Nach seiner Ansicht stehen sich die Parteien nicht mehr als Fremde gegenüber, die einander nur nach Deliktsrecht schadensersatzpflichtig sind, sondern ihre Beziehungen sind engere, vertragsähnliche geworden. Der grundlegende Gedanke der neuen Lehre von der culpa in contrahendo ist nach seiner Erkenntnis also, daß durch Verhandlungen die Beteiligten sich aus der Masse herausheben und „Sonderverbindungen" eingehen[178]). Hieraus allein erklärt sich der rechtsgeschäftliche Charakter der in Frage stehenden Pflichten[179]).

Wie erwähnt, sind nach Ansicht v. Tuhr's die Pflichten, die durch das Rechtsverhältnis begründet werden, insbesondere Aufklärungspflichten über Tatsachen, welche für die Entschließung des Gegners von ausschlaggebender Bedeutung sind. Wenn er nun außerdem noch die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 78 S. 239 billigt, so ergibt sich daraus, daß das von ihm konstruierte Rechtsverhältnis auch Sorgfaltspflichten für die Person im allgemeinen mitumfaßt.

Schon aus der Tatsache, daß v. Tuhr diese Entscheidung billigt, ergibt sich, daß er einen gültigen Vertragsschluß nicht für erforderlich hält. Dieses Erfordernis würde auch seiner Konstruktion völlig widersprechen. Das „Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen" hat nämlich selbständige Entstehungsgründe und hängt nicht von einem Vertragsschluß ab[180]).

Nach Ansicht v. Tuhrs ist die Grundlage der Haftung bei diesem Rechtsverhältnis vertragsähnlicher Art das Gesetz selbst. Während dies im Lehrbuch nicht so klar zum Ausdruck kommt, ergeben die späteren Ausführungen jedoch eindeutig[181]), daß die ihm hier unterstellte Ansicht tatsächlich seiner Auffassung entspricht. Er sagt nämlich: „Diese Behandlung der culpa in contrahendo muß nicht nur dann Platz greifen, wenn der Vertrag zum Abschluß kommt, sondern auch wenn er durch das Verschulden der einen Partei scheitert. Denn wenn man annimmt, daß die Parteien schon durch die Verhandlungen in ein Rechtsverhältnis treten, so kann es für die Verletzung der aus diesem

176) v. Tuhr Allg. T. II 1, S. 490 Anm. 201.

177) Die Feststellung, daß v. Tuhr (LZ. 1923 Sp. 534 ff.) das Rechtsverhältnis und die sich daraus ergebenden Pflichten durch eine Rechtshandlung entstehen läßt, ist wichtig für den Gegensatz zu Stoll, der es durch einseitiges Rechtsgeschäft begründen will.

178) Rümelin S. 42/43.

179) Diese Gedanken hatte schon Siber (JherJ. 70, 258) angedeutet. Er sagt nämlich: „Die nur vereinzelt vorgeschriebenen, aber der entsprechenden Auslegung nicht unfähigen Ersatzpflichten aus Verschulden bei Vertragsschluß zeigen, daß zwischen den nur gesellschaftlichen und rechtlichen Beziehungen unter den Parteien vielfach nicht erst der fertige Vertrag, sondern schon der Eintritt in Vertragsverhandlungen die Grenze bildet". Ebenso vertrat das Reichsgericht, wie schon oben dargelegt, eine ähnliche Auffassung wenn auch viel unklarer und auf wenige Fälle beschränkt, in denen es eine dauernde Geschäftsverbindung verlangte.

180) Nur diejenigen, die den Rechtsgrund der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß in dem nachträglichen Vertrag sehen, müssen die Gültigkeit desselben fordern.

181) ArchZivPr. 121, 360.

Rechtsverhältnis sich ergebenden Pflichten nicht darauf ankommen, ob das Ziel der Verhandlungen erreicht wird oder nicht".

Diese Darlegungen lassen erkennen, wie die Lehre vom Verschulden bei Vertragsschluß in der Entwicklung vom Reichsgericht Bd. 78 S. 239 und Fischbach[182]) zu v. Tuhr klarer und umfassender wird.

Auf Grund dieser Annahme eines selbständigen gesetzlichen Rechtsverhältnisses besteht nun auch die Möglichkeit, über die §§ 122, 179, 307, 309 BGB. hinaus für andere Fälle, in denen ein Vertrag nichtig oder nicht zustandegekommen ist (d. h. nicht einmal der objektive Geschäftstatbestand vorliegt), eine rechtsgeschäftliche Haftung anzunehmen, z. B. bei verstecktem Dissens, bei Nichtigkeit wegen Formmangels usw. Dabei wird nach mancherlei Umwegen wieder der Anschluß an Jherings Lehre gefunden. Jedoch waren die Umwege nicht umsonst; denn sie haben gezeigt, daß die Lehre neben den Jheringschen Fällen auch noch andere Fallgruppen umfaßt.

cc) Erweiterung durch Stoll.

Der Übersicht und größeren Klarheit halber sollen die weiteren Lehrmeinungen der Wissenschaft vom Verschulden beim Vertragsschluß schon hier behandelt werden. Es ist zunächst auf Stolls[183]) Ausführungen einzugehen, obwohl inzwischen wichtige Reichsgerichtsentscheidungen ergangen waren. Er unterscheidet drei Gruppen der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß:

1. Fälle der Haftung für Nichtigkeit des Vertrages:
   Hierunter sind nach seiner Ansicht die Jheringschen Fälle zu rechnen, in denen es äußerlich zwar zu einem Vertragsschluß gekommen ist, der Vertrag sich aber nachträglich als nichtig erweist und dadurch einer Partei ein Schaden entsteht[184]).
2. Fälle der Haftung für das Verhalten beim Vertragsschluß:
   Hier handelt es sich nach seiner Ansicht um die Fälle, in denen zwar ein gültiger Vertrag zustandekam, aber die eine Partei die andere durch ihr Verhalten während der Vertragsverhandlungen und bei Abschluß des Vertrages schädigte[185]).
3. Fälle der Haftung für das Verhalten vor Vertragsschluß:
   Hier kommt es gar nicht zu dem beabsichtigten Vertragsschluß, es wird aber schon während der Vorbereitung hierzu die eine Partei durch das Verhalten der andern geschädigt[186]).

Eine Haftung für culpa in contrahendo trete in allen diesen Fällen ein. Dafür spreche ein praktisches Bedürfnis, schon bei Vertragsverhandlungen das Bestehen von Rechtspflichten unter den Parteien anzunehmen und weiterhin der in vielen gesetzlichen Bestimmungen enthaltene Grundgedanke einer Haftung für schuldhaftes Verhalten bei Vertragsverhandlungen.

Im wesentlichen baut Stoll die rechtliche Begründung seiner Lehre auf den Gedankengängen v. Tuhrs auf. Wie dieser nimmt er ein

182) ArchBürgR. 41, 160.
183) LZ. 23, 532 insbes. 544 f., 548 sowie auch JW. 27, 1086; 28, 1285; 1933, 34.
184) RG. 104, 265.
185) RG. 95, 58.
186) RG. 78, 239; Fischbach a. a. O. S. 162.

Schuldverhältnis an, das die Vertragsparteien gegenseitig zu Handlungen und Unterlassungen verpflichtet. Im Gegensatz zu von Tuhr[187]) entsteht die Verpflichtung nach Stolls Auffassung aber durch einseitiges Rechtsgeschäft, nämlich schon durch ein Vertragsangebot oder durch eine Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsverhandlungen[188]). Er meint: Die Behauptung, der Kreis der durch einseitiges Rechtsgeschäft begründeten Schuldverhältnisse sei gesetzlich geschlossen, und der Einwand, nicht einmal die Offerte, sondern erst die Annahme erzeuge ein Schuldverhältnis, seien nur bedingt richtig, nämlich nur dann, wenn man mit Schuldverhältnis ein Rechtsverhältnis bezeichne, das erst durch den Abschluß eines Vertrages oder durch einen ihm gesetzlich gleichgestellten Akt entstehe. Diese Terminologie sei aber zu eng. Sie fessele das Schuldverhältnis an eine bestimmte Erscheinungsform. Dagegen könne das Schuldverhältnis als Organismus die Erscheinungsform beliebig wechseln. Es entstehe, sobald zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis mit Unterlassungs- und Haftungspflichten begründet sei, also insbesondere stets schon mit der Offerte. Wenn es nun auf Grund des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen zum Vertrage komme, so ändere das Schuldverhältnis lediglich seine Erscheinungsform und nur diese, der schuldrechtliche Organismus aber bleibe der gleiche. Das Schuldverhältnis könne so z. B. die typische Gestalt des Kaufes annehmen, um schließlich im Falle der Wandlung auch diese Erscheinungsform aufzugeben und um das Gewand eines „Auflösungsverhältnisses" anzulegen. Die aus dem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen erwachsenen Sorgfalts-, Aufklärungs- und Mitteilungspflichten gingen demnach auf eine bewußte Erscheinungsform der Schuldverhältnisse zurück, und ihre Verletzung begründe eine Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf einen späteren Vertragsschluß[189]).

Die Stollsche Lehre bedeutet infolge der Anerkennung einer Haftung ohne Rücksicht auf das Zustandekommen des Vertrages ein Abrücken von Leonhards Ansicht. Ihre Begründung ist in Hinblick auf § 305 BGB. jedoch wenig befriedigend. Später geht Stoll auf § 305 BGB. nicht mehr ein[190]), Er stellt vielmehr ohne jede Begründung die Behauptung auf, allein durch die Tatsache des Eintritts in die Vertragsverhandlungen werde dieses Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen begründet und setze weder eine besondere Willenserklärung noch eine Vereinbarung voraus. Infolge des Fehlens jeglicher Begründung muß man Stoll zu denjenigen Schriftstellern rechnen, die die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß auf ein gesetzliches und nicht rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis zurückführen, zumal Stoll erklärte, daß es im Bürgerlichen Gesetzbuch Vorschriften gebe, die auf ein solches schließen ließen. Weiterhin liegt das Verdienst Stolls in der klaren Unterscheidung der in Betracht kommenden Gruppen von Fällen. Deutlich betont er als erster, nach-

187) der ein vertragsähnliches Schuldverhältnis annahm, s. oben S. 48 ff.

188) Diese Ansicht vertritt er noch in JW. 1933, 36. Es erscheint ihm immer noch die beste Konstruktion, das Zustandekommen des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen auf einen einseitigen Rechtsakt zu begründen.

189) Der Lehre Stolls haben sich Brenner (Die exceptio doli generalis in den Entsch. d. Reichsgerichts, Frankfurter Diss. 1926) Schönwald (Verschulden bei Vertragsschluß, Bresl. Diss. 1924) und Heck (Grundriß des Schuldrechts. 1929, § 41, 4) angeschloss. Auch Bogusch (Die neuere Entwicklung v. d. Lehre der culpa in contrahendo, Diss. Königsberg 1928) folgt der Ansicht Stolls. Er sieht aber die für ein einseitiges Rechtsgeschäft gemäß § 305 notwendige gesetzliche Bestimmung in einem Reichsgewohnheitsrecht (Art. 2 EG. BGB.).

190) JW. 1928, 1285.

dem das Reichsgericht[191]), Fischbach[192]) und v. Tuhr[193]) dies noch nicht so klar erkannt hatten, daß eine Haftung für Verhalten vor Vertragsschluß (also die Verletzung der Person oder die Vermögensbeschädigung) zur Lehre von der culpa in contrahendo gehört. Ob diese Erkenntnis in dieser Form zu billigen ist, soll hier nicht weiter besprochen werden. Hingewiesen mag an dieser Stelle darauf werden, daß Titze[194]) hier Einschränkungen fordert[195]).

Stoll muß, wie schon Siber und v. Tuhr, auf Grund seiner Konstruktion der Lehre für die Haftung das Erfordernis eines später erst gültig abgeschlossenen Vertrages ablehnen. Das formuliert er in dem Satze: Entweder gibt es besondere Rechtspflichten gegenüber dem andern Teil schon vor Vertragsabschluß — dann müssen sie auch ohne ihn gelten —, oder aber diese Rechtspflichten entstehen erst durch den Vertragsabschluß — dann können sie auch nicht vor, sondern erst mit diesem wirksam werden.

Nachdem die Lehre von der Rechtswissenschaft in dieser Weise fortentwickelt worden war, handelt es sich nicht mehr allein um die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß (d. h. in contrahendo), sondern um eine Haftung für Verschulden bei der Verhandlung (d. h. in tractando)[196]). Der Ausdruck culpa in contrahendo soll aber weiter gebraucht werden, weil er auch von der heutigen Wissenschaft und Rechtsprechung immer weiter gebraucht wird. Nach den obigen Ausführungen ist auch eine Verkennung des Problems nicht mehr denkbar.

In diesem Zusammenhang soll auch die Ansicht von Raiser[197]) gestreift werden. Im großen ganzen billigt er die von Siber und von v. Tuhr gewonnenen Ergebnisse. Es ordne — so sagt er — das Gesetz eine Schadensersatzhaftung in verschiedenen Fällen an, die, wie sich bei näherem Zusehen ergebe, weder auf unerlaubter Handlung noch auf Verletzung einer Vertragspflicht beruhe. Sie setze vielmehr gewisse auf Wahrung berechtigter gegnerischer Interessen gerichtete Erkundigungs-, Aufklärungs-, Anzeige- oder anderweitige allgemeine Sorgfaltspflichten voraus. Diese erwüchsen demjenigen, der mit einem andern in Rechtsbeziehungen, insbesondere vertragliche Beziehungen zu treten beabsichtige, in dem Augenblick, in dem er es unternehme, durch Willenserklärung oder sonstwie in die Interessensphäre des andern einzudringen[198]).

Mit Recht wird diese Ansicht abgelehnt[199]). Denn auch die Haftung aus unerlaubter Handlung knüpft an den Tatbestand der Einwirkung in die fremde Rechtssphäre an[200]). Hieraus können aber die vertragsähnlichen Pflichten des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen nicht begründet werden.

---

191) RG. 78, 239.

192) ArchBürgR. 41, 160.

193) Lehrb. II 1, S. 486 ff.

194) Handwb. d. RWiss. Bd. VI, S. 516 ff.

195) Angedeutet wurde es schon auf S. 29.

196) Heck gebraucht diesen Ausdruck in seinem Schuldrecht 1929, S. 124.

197) Raiser, ArchZivPr. 127, 1 ff.

198) a. a. O. S. 23.

199) Bogusch a. a. O. S. 54.

200) von Tuhr, Lehrb. II 1, S. 490.

dd) Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung.

Die Stollsche Lehre ist von Herholz[201]) weiter ausgebaut worden. Den Rechtsgrund des Verschuldens bei Vertragsschluß findet er in einem Schuldverhältnis, das als „konstante Rahmenbeziehung" mit dem Eintritt in die rechtsgeschäftlichen Beziehungen zur Entstehung komme, auch neben dem abgeschlossenen Vertrag bestehen bleibe und sogar darüber hinaus bestehen könne. Als Beweis hierfür führt er die §§ 149, 122, 307, 309, 663 BGB. an. In allen diesen Fällen seien die Parteien in Beziehungen rechtsgeschäftlicher Art getreten. Diese führen zu Anzeige- oder Kundmachungspflichten, mit deren Hilfe Gefahren beseitigt werden sollen. Denn Gefahren würden stets von der diese Beziehung eröffnenden Partei gebracht werden. Daher habe sie die Pflicht, die andere Partei über das Bestehen solcher Gefahren, soweit sie ihr bekannt sind oder bekannt sein müssen, zu unterrichten. Sie habe auf die Weise zu verhindern, daß diese in ihrem prima facie berechtigten Vertrauen, nicht durch die Eröffnung der Beziehung von der anderen Seite in Gefahren gebracht zu werden, getäuscht werde. Die genannten Vorschriften hätten daher die Verletzung des gegnerischen Vertrauens zum Grunde für eine Schadenshaftung gemacht. Mithin sei der sonst nur für Verträge geltende Grundsatz des gegenseitigen Vertrauensschutzes auch für das Stadium der Vorverhandlungen zur Pflicht erhoben worden; bereits die Vorverhandlungen hätten also ein Schuldverhältnis geschaffen. Das Handeln jeder Partei in der Absicht, ein Rechtsgeschäft, einen Vertrag zum Abschluß zu bringen, sei damit zum rechtlich erheblichen Handeln geworden. Den Parteien erwachse demnach die Pflicht, das zu unterlassen, was zur Verletzung der in den Kreis der Gefährdung der Rahmenbeziehung getretenen und der Partei bekannten Interessen der andern Partei geeignet sei und gegebenenfalls alles zu tun, um eine solche Verletzung zu verhindern.

Die Herholz'sche Ansicht vom Verschulden beim Vertragsschluß geht weiter als die Lehren von Siber, v. Tuhr und Stoll. Insbesondere ist sie noch allgemeiner als die Auffassung Stolls, da sie ein Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen nicht kennt, sondern, wie geschildert, nur eine allgemeine Rahmenbeziehung, die vor Vertragsabschluß sowie auch nach Vertragserfüllung noch bestehen kann. Herholz ist auch der erste, der es unternimmt, die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß in voller Erkenntnis ihrer umfassenden Bedeutung mit anderen Rechtsfiguren auf eine breitere Basis zu stellen. Früher war schon, wie oben erwähnt[202]), die gemeinsame Grundlage der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß und der positiven Vertragsverletzung von Richter[203]) angedeutet worden.

ee) Steinberg und Hildebrandt.

Zwei Schriftsteller sollen hier noch kurz erwähnt werden, die in neuerer Zeit noch versucht haben, die Lehre vom Verschulden bei Vertragsschluß eingehend zu behandeln: Steinberg und Hildebrandt.

201) ArchZivPrax. 130, 257 ff.
202) Vgl. auch oben S. 34 Anm. 118.
203) JW. 1921, 664.

Nach gründlichen Untersuchungen kommt Steinberg[204]) zu dem Ergebnis: Aus dem Gesetz selbst ergebe sich kein allgemeines Prinzip der Haftung für culpa in contrahendo. Jedoch sei damit nicht gesagt, daß für culpa in contrahendo überhaupt nicht gehaftet werde. Vielmehr müsse die im Gesetz vorhandene Lücke in Anlehnung an die allgemeinen Prinzipien des Rechts, insbesondere an den das ganze Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben und unter Vornahme einer entsprechenden Abwägung der beiderseitigen Interessen ausgefüllt werden. Diese Lückenausfüllung habe dann zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes geführt[205]) [206]). Etwas grundlegend Neues hat Steinberg mithin nicht gesagt.

Wie Steinberg erkennt auch Hildebrandt[207]), daß eine Lücke im Gesetze vorliegt. Das Bestehen eines Gewohnheitsrechtes lehnt er dagegen ab[208]). Die Gesetzeslücke kann nach seiner Ansicht nur durch eine allgemeine Bejahung und Gestaltung der Haftung geschlossen werden[209]). Die Ergänzungsbedürftigkeit für die Fälle der culpa in contrahendo und die Ergänzungsfähigkeit aus den vorhandenen Einzelnormen, gleichgültig ob ein Vertragsschluß nachfolge oder nicht, bejaht er. Aus den gesetzlichen Anwendungsfällen sucht er dann die Grundgedanken herauszustellen und systematisch auszubauen. Zwei Grundgedanken findet er so:

1. die Parteien ständen sich nicht mehr als rechtsfremde Dritte, sondern als verhandelnde Rechtsgeschäftsbeteiligte gegenüber. Aus der Delikts- seien die Parteien in die Verhandlungs-, die Rechtsgeschäftssphäre eingetreten;

2. die eine Partei hafte, weil sie der anderen Unrichtiges angegeben oder Richtiges verschwiegen und dadurch ihr Vertrauen getäuscht habe. Hier verletze sie die Wahrheits-, dort die Anzeigepflicht.

Aus diesen Gründen greift nach Hildebrandt der Gesichtspunkt der culpa in contrahendo nur Platz bei schuldhafter Verletzung von Erklärungspflichten. Die Haftung für culpa in contrahendo sei Wissenserklärungshaftung, kurz: Erklärungshaftung. Das Rechtsverhältnis, das die während der Zielgeschäftsverhandlungen ent- und bestehenden Erklärungspflichten zusammenfaßt, nennt er dann Verhandlungsverhältnis. Für eine Ausdehnung auf selbständige Erhaltungs- und Sorgfaltspflichten bestehe ein Bedürfnis nicht. Die ersten seien auf Erhaltungsverträge, die zweiten auf Antragsverhältnisse zurückzuführen[210]).

Hervorzuheben an der Ansicht Hildebrandts ist, daß er den Rahmen der Anwendung der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß nicht weiter ausdehnt, wie es bisher fast immer geschah, son-

204) Die Haftung für culpa in contrahendo, 1930.
205) Das hatte bereits Heldrich a. a. O. S. 55 angenommen.
206) s. dazu auch die Besprechung von Titze in JW. 1931, 512.
207) Hildebrandt, Erklärungshaftung, 1931.
208) Stoll JW. 1933, 35 führt dazu aus, daß die grundsätzliche Anerkennung einer rechtsgeschäftlichen Haftung für culpa in contrahendo nicht nur gefestigter Lehre, sondern vor allem auch ständiger Reichsgerichtsrechtsprechung entspräche. Mithin dürfe nach Ansicht von Stoll von einem Gewohnheitsrecht schon gesprochen werden. Dieser Ansicht ist auch zuzustimmen.
209) Hildebrandt a. a. O. S. 157: „Der Rechtsgrund der Erklärungspflichten in abstracto wird durch die Rechtsbegrenzung, ihr Inhalt in concreto durch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bestimmt. M. a. W.: Wie hätte der Gesetzgeber der Tatzeit bei Kenntnis des Einzelfalles (vermutlich) die Erklärungspflicht geregelt?"
210) Vgl. auch die Besprechungen von Manigk DJZ. 1932, 562; Rühl, Gruch. 72, 121 ff.; Jordan, BadRpr. 1932, 19; Stoll JW. 1933, 34.

dern daß er versucht, nur ganz besondere Fälle als solche der Haftung für culpa in contrahendo anzuerkennen[211]). Im einzelnen soll an dieser Stelle aber nicht darauf eingegangen werden.

Es erübrigt sich auch, auf die weiteren Begründungen[212]) der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß einzugehen, da diese kaum etwas Neues bringen[213]). Es kann auch so schon abschließend festgestellt werden, daß eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß allgemein anerkannt ist und daß die einzelnen Lehren nur in der Begründung und im Umfang voneinander abweichen.

ff) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

a) Grundlegende Entscheidungen.

Bisher wurde die Rechtsprechung des Reichsgerichts nur in Anschluß an Leonhards Lehre erörtert. Jetzt soll die Entwicklung der Rechtsprechung auf Grund der neuen wissenschaftlichen Lehren geschildert werden. Die Lehren von v. Tuhr und Siber haben zunächst auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts keinen Einfluß gehabt, wie die schon oben erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 95, S. 58 zeigt[214]). Auch hier findet sich lediglich Leonhards Ausdruck: „Abschluß und Erfüllung bilden ein einheitliches Ganzes". Wenn auch im Urteil selbst gesagt wird, §§ 179, 307, 309 BGB. beruhen auf culpa in contrahendo, so wird dadurch keine neue Entwicklung angebahnt, da aus diesen Vorschriften für andere Fälle eine Analogie nicht gezogen wird.

In derselben Zeit wurde aber vom Reichsgericht schon streng geschieden zwischen culpa in contrahendo bei nichtigen und gültigen Verträgen[215]). In Betracht komme bei nichtigen Verträgen „höchstens" eine Analogie zu den §§ 122, 179 II, 307, 309 BGB.[216]). Das Reichsgericht brauchte sich aber nicht zu entscheiden, da bei dem vorliegenden Falle nach seiner Ansicht eine unzulässige Klageänderung vorlag, da die Klägerin zunächst das positive und dann das negative Interesse verlangte[217]). Die Erwägung einer Analogie zu den oben genannten Paragraphen überhaupt zeigt, daß das Reichsgericht damit über Leonhards Lehre hinausgegangen ist. Mit Leonhards Ansicht wurde aber erst in RG. 97, 336 völlig gebrochen. Bis zu einer bestimmten Zeit sollte eine Vertragsofferte angenommen werden: Die Annahme des Antrages konnte bis zu diesem Zeitpunkt dem Antragenden nicht zugehen, da bei der Übermittlung der Annahmeerklärung beide Vertragsparteien ein Verschulden traf. Aus diesem Grunde ist der beab-

211) Ebenso Titze Hdw.RWiss. 1929.

212) Staudinger 1930 § 276 I 2; Vorb. zu § 275—282 B II 1; Oertmann 1928 § 280 IV; Oertmann 1927 Vorb. vor § 145 Anm. 7; Soergel 1931 § 276, 5; Warneyer 1930 § 276 V; Gerhard Dömpke, Die Grundlage und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen 1933; R. Niemann, Verschulden bei Vertragsschluß 1932, in Rechtsfragen der Praxis Bd. 52; Cosack Bd. I S. 354; Weidenbaum, Zur Haftung für Verschulden bei Kaufabschluß, LZ. 1933, 370.

213) Vgl. so Erich Berger, Die Grenzen d. Haftung f. Verschulden b. Vertragsverhandlungen, Diss. Gött. 1935; Horst Mühlich Begrenzung u. Rechtsnatur d. Rechtsverhältnisses d. Vertragsverhandlungen, Leipz. Diss. 1922; Reinhard Höhn, Allg. Schuldrecht 1934, 145; Heinr. Stoll, Vertrag und Unrecht 1936, 1. Halbbd. S. 25.

214) s. oben S.

215) Warneyer 1920, S. 181.

216) Leonhard hat die Analogie zu diesen Gesetzesbestimmungen abgelehnt, s. Verschulden S. 59.

217) s. auch RG. 105, 366. a. A.: Stoll LZ. 1923, 545 Anm. 22: „Der Übergang vom negativen zum positiven Interessenanspruch bedeute keine Änderung des Klagegrundes, wenn die begründeten Tatsachen schon in der Klageschrift angegeben waren". So auch Hildebrandt S.153.

sichtigte Vertrag nicht zustandegekommen. Nach Ansicht des Reichsgerichts erscheint es in diesem Falle angemessen, den Schaden, den beide Parteien verschuldet haben, zwischen ihnen nach den Grundsätzen des § 254 BGB. zu teilen. „Der Anwendung des § 254 BGB. auf einen derartigen Fall, wo es sich nicht um schuldhafte Verletzung bereits bestehender Vertragspflichten, sondern um Verschulden bei den Vertragsverhandlungen handelt, das das Zustandekommen des Vertrages hindert, stehen keine Bedenken entgegen". Nach den Grundsätzen über die Schadenswiederherstellung sei der Kläger so zu stellen, als ob er einen vertraglichen Ersatzanspruch hätte. Mithin sei der Schaden gleich dem Erfüllungsinteresse allerdings gemäß § 254 BGB. zur Hälfte verringert. Wenn auch in diesem Falle Haftungsgrundlage nicht mehr der erst später abgeschlossene Vertrag ist, so ist doch im Ergebnis dasselbe erzielt worden, als wenn ein gültiger Vertrag zwischen den Parteien abgeschlossen worden wäre. Das Reichsgericht gibt für diese Ansicht aber keine Begründung, auch die von ihm zitierten Kommentare sagen kaum etwas dazu[218]). Offenbar hat das Reichsgericht nur eine billige Entscheidung im Auge. Der Tragweite seines Ergebnisses ist es sich dagegen nicht bewußt geworden. Hier bei dieser ersten neuen Entscheidung wäre wirklich eine eingehende Begründung am Platze gewesen, zumal das Reichsgericht sich auf diese Entscheidung ohne Begründung des öfteren beruft[219])[220]).

Eine weitere wichtige Entscheidung, die über Leonhards Ansicht hinausgeht, ist das Urteil des I. Zivilsenats vom 5. 4. 1922 im Weinsteinsäurefall[221]). Es handelt sich um einen Fall des versteckten Dissenses. Hier wird vom Reichsgericht ausdrücklich eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen, auch wenn ein Vertrag nicht zustandegekommen ist, anerkannt. Damit bringt das Urteil für die Rechtsprechung einen weiteren Fortschritt in der Klärung und Anerkennung der Lehre von der culpa in contrahendo: Die Klägerin hatte der Beklagten freibleibend ein Preisverzeichnis geschickt. Darin wurde Weinsteinsäure mit 68,50 Mark angeführt. Die Beklagte telegraphierte der Klägerin daraufhin: „Erbitte Limit über 100 Kilo Weinsteinsäure Gries frei". Die Klägerin antwortete: „Weinsteinsäure Gries bleifrei, Kilogramm 128 Mark netto Kasse bei hiesiger Übernahme". Darauf telegraphierte die Beklagte: „100 Kilo Weinsteinsäure Gries bleifrei geordnet briefliche Bestätigung unterwegs". Es stellte sich dann bei Zugang der schriftlichen Bestätigung heraus, daß die Klägerin wie der Beklagte hatte verkaufen wollen. Der Beklagte verweigerte nun Abnahme und Bezahlung der Ware. Die Klägerin ließ darauf die Ware

218) Staudinger Bd. II 1 1912 (7./8. Aufl.) § 254 Anm. 2a; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl. 1910, § 254 Anm. 3.

219) Vgl. z. B. RG. JW. 1927, S. 1086.

220) Dieses Urteil des Reichsgerichts hat auf ein Gebiet geführt, das hier zum ersten Male mit der culpa in contrahendo in Zusammenhang gebracht worden ist. Es hat eine Vertragspartei nach Abgabe einer Vertragsofferte den Zugang der Annahmeerklärung und damit das Zustandekommen der Annahmeerklärung des Vertrages schuldhaft verhindert. Nichteingegangen zu werden braucht auf die Zugangslehre, die mit der culpa in contrahendo nichts zu tun hat. Abgesehen davon gibt es aber Fälle, die dem oben erwähnten Fall ähnlich sind und bei denen es sich um ein schuldhaftes Verhalten bei den Vertragsverhandlungen handeln kann (s. Steinberg a. a. O. S. 57; Berger a. a. O. S. 33; a. M. Titze JherJ. 47, 452, der die Bestimmungen über den Gläubigerverzug analog anwenden will; Planck, Allg. T. § 130 Anm. 5 hilft mit der Annahme eines Vorvertrages. Das Reichsgericht beruft sich in Bd. 58 S. 406; Bd. 95 S. 316 auf Treu und Glauben, Hildebrandt a. a. O. S. 233 lehnt hier eine Haftung für culpa in contrahendo ab). Es soll hier der Ansicht des Reichsgerichts 97, 336 gefolgt werden. Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, die nur durch die culpa in contrahendo geschlossen werden kann, da die anderen Konstruktionen zu keinem befriedigenden Ergebnis führen. Abzulehnen ist dagegen die Meinung, die eine Haftung sogar ohne Verschulden konstruiert (Enneccerus I § 149 II A 3).

221) RG. 104, 265 ff. = JW. 22, 1313 ff. = Recht 22 Nr. 1537.

öffentlich versteigern und verlangte den Unterschied zwischen dem angeblich vereinbarten Kaufpreise und dem Versteigerungserlös als Schadensersatz. Ein Vertrag war, da der Telegrammwechsel objektiv mehrdeutig war, nicht zustandegekommen. Das Reichsgericht prüft nun, ob in diesem Falle ein Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo bestehe. §§ 122, 179, 307, 309 BGB. regelten ähnliche Fälle, in denen ein Vertrag nicht zustandegekommen war. Rechtsprechung und Rechtslehre hätten eine Ausdehnung dieser Bestimmungen auf ähnliche Fälle vorgenommen. Vor allem die ratio des § 122 BGB. Billigkeit und Rücksicht auf die Verkehrssicherheit rechtfertigten eine Analogie dieser Bestimmungen auf Fälle des versteckten Dissenses. Denn es entspreche in der Tat der Billigkeit und dem Erfordernisse der Verkehrssicherheit, demjenigen, der sich fahrlässigerweise so ausdrücke, daß er bei der Gegenpartei ein Mißverständnis hervorrufe, mit der Haftung für die daraus entstehenden Schadensfolge zu belasten. Ähnlich wie in den Fällen der §§ 122, 179, 307, 309 BGB. würde der Anspruch wegfallen, wenn die Klägerin infolge eines eigenen Versehens die gegnerische Erklärung falsch aufgefaßt hätte. Nach der Sachlage sei das aber nicht der Fall. „Die Klägerin konnte sehr wohl der Meinung sein, daß die Beklagte kaufen wollte. Das Versehen der Klägerin beruhte vielmehr darin, daß sie nunmehr ihrerseits sich ebenfalls mißverständlich ausdrückte und dadurch bei der Beklagten gleichfalls einen Irrtum hervorrief"[222]). Danach sei der entstandene Schaden gemeinschaftlich nach dem Grade des beiderseitigen Verschuldens zu tragen, weil beide an der Entstehung des Schadens gleicherweise Schuld hätten. § 254 BGB. wird in dieser Entscheidung vom Reichsgericht nicht ausdrücklich zitiert. sein Grundgedanke ist unzweifelhaft in ihr enthalten. Dahingestellt läßt das Reichsgericht, ob auch analog zu § 122 BGB. ohne Verschulden gehaftet werde.

Wenn man dieses Urteil liest, ohne die Zusammenhänge zu kennen, scheint es sich um einen einfachen Fall der Gesetzesanalogie zu handeln. Die Entscheidung beruht jedoch — vielleicht dem Reichsgericht sogar unbewußt — auf der Lehre v. Tuhrs vom Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen. Die späteren Entscheidungen bemühen sich nicht mehr um eine analoge Anwendung im konkreten Falle, sondern beruhen auf diesem Prinzip schlechthin.

Die Entscheidung rief erheblichen Widerspruch hervor, der sich vor allem aus der Begründungsweise des Reichsgerichts ergibt. Auf die Kritiken soll kurz eingegangen werden, und zwar nur insoweit, als zu dem Problem grundsätzlich Stellung genommen wird. Die Entscheidung wird von v. Tuhr[223]) auf Grund seiner Lehre vom Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlung, das er, wie oben gezeigt[224]), aus der Verallgemeinerung der Einzelbestimmungen entnimmt, gebilligt. Eine Analogie zu den §§ 122, 179, 307 BGB. wird dagegen von Oertmann[225]) abgelehnt. Nach seiner Ansicht haben jene Paragraphen sämtlich die gemeinsame Grundlage, daß der objektive Geschäftstatbestand vollständig vorliege. Beim versteckten Dissens fehle es dagegen überhaupt an einem rechtsgeschäftlichen Tatbestand; die Grundlage für die Behandlung sei also eine ganz andere[226]). Von Levy[227]) wird die

222) RG. 104, 268.
223) ArchZivPr. 121, 359.
224) Vgl. oben S. 48 ff.
225) Oertmann, ArchZivPr. 121, 122.
226) In ähnlicher Weise schon Santenis für das gemeine Recht. Vgl. oben S. 19.

Entscheidung insofern begrüßt, als sie sich von dem Erfordernis eines gültigen Vertrages losgelöst hat. Er lehnt das Urteil aber deshalb ab, weil das beiderseitige Verschulden sich in Wahrheit kompensiere, während das Reichsgericht annahm, daß das Verschulden des Beklagten doppelt so groß sei wie das des Klägers, da er die Verhandlung eingeleitet hätte. Ebenso nimmt Manigk[228]) eine völlige Culpakompensation an. Diese folgert er aus dem Wesensunterschied von Dissens und einseitigem Irrtum.

b) Die ständige Praxis.

Unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß behandelt das Reichsgericht in der Folgezeit eine große Anzahl von Fällen. Ich will mich dabei auf kurze Hinweise beschränken, da es die Lehre kaum fortentwickelt hat. So verwertet es[229]) zur Begründung der Haftung bei formnichtigen Verträgen zum ersten Male den Gesichtspunkt der culpa in contrahendo: Durch notariell beurkundeten Vertrag hatte der Kläger seinen gesamten Grundbesitz an den Beklagten verkauft. Der im notariellen Vertrag angegebene Kaufpreis war aber nicht der wahre. Der Kläger wußte über die Formbedürftigkeit genau Bescheid. Die Bedenken des Beklagten zerstreute er. Nachträglich entschloß sich der Kläger mit Rücksicht auf die fortschreitende Geldentwertung zur Abstandnahme von der Erfüllung und klagte auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrages und Herausgabe des Grundstücks. Da der Beklagte sich über das Formerfordernis in schuldlosem Irrtum[230]) befand, hatte er gegen die Berufung des Klägers auf die Nichtigkeit des Kaufvertrages die Einrede der allgemeinen Arglist erhoben[231]). Er hatte hiermit Erfolg; denn das Reichsgericht war der Auffassung, es sei irrig, wenn man meine, aus den §§ 133, 157, 242 BGB. könne die auf ein solches Verhalten sich gründende Einrede der Arglist nicht hergeleitet werden, weil der Vertrag nichtig, also ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien nicht zustandegekommen sei. Vielmehr gelte der in der Rechtslehre vertretene Satz, daß auch schon vor Abschluß des Vertrages zwischen den Parteien gewisse auf Treu und Glauben beruhende Sorgfaltspflichten begründet seien. Deren Nichterfüllung erzeuge sowohl beim Zustandekommen des Vertrages wie auch beim Nichtzustandekommen eines solchen, namentlich im Falle einer dadurch verursachten Nichtigkeit, Schadensersatzpflichten. Diesem Rechtssatz liege eine Anzahl von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zugrunde, insbesondere §§ 179, 307, 309 BGB. Auf ähnliche Fälle diesen Satz anzuwenden, sei für den redlichen Geschäftsverkehr unentbehrlich.

In einer andern Entscheidung[232]) des Reichsgerichts wird das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses auch für die Zeit eines Schwebezustandes, der seit dem 15. 3. 1918 bei Grundstückverkäufen besteht, angenommen.

In welchem Umfange eine Haftung für culpa in contrahendo an-

227) JW. 1922, 1313.
228) JherJ. 75, 196.
229) RG. 107, 357.
230) Auch eine Fahrlässigkeit liegt nicht vor. Vgl. dazu Titze, Hdw. d. RW. S. 521.
231) Kannten dagegen beide das Formerfordernis, so ist die allgemeine Einrede der Arglist nicht gegeben (JW. 1927, 2118).
232) RG. 114, 155.

genommen wird, geht aus einem andern Urteil des Reichsgerichts[233]) hervor. Hier waren die Parteien nur in sehr lockere Vertragsverhandlungen getreten. Der einen Partei war ein Schaden dadurch entstanden, daß ein Angestellter der andern Partei sich der Geschäftsutensilien in betrügerischer Absicht bedienen konnte. Hier nimmt das Reichsgericht an, daß ein Verschulden bei Vertragsschluß die Partei träfe, die die Verwahrung der Geschäftsutensilien vernachlässigt habe.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß in der Rechtsprechung die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß anerkannt ist. Unterschieden wird nicht mehr, ob ein Vertrag gültig zustandegekommen ist oder nicht, Haftungsgrundlage ist immer „ein durch die Vertragsverhandlungen als solche begründetes Rechtsverhältnis"[234]), ein „vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, das die Parteien zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet"[235]). Wenn auch diese beiden Ausdrücke nicht gleichlautend sind, so ist doch immer das von v. Tuhr erwähnte Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen gemeint. Nochmals soll hervorgehoben werden, daß eine dogmatische Begründung für diese Haftungsgrundlage vom Reichsgericht nicht gegeben wird. Es verweist nur auf ältere Entscheidungen und führt späterhin auch Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrssitte an. Hin und wieder finden sich dann auch Hinweise auf die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, aus denen sich das Prinzip der Haftungsgrundlage ergeben soll[236]).

Mithin ist der Satz des RGRKommentars[237]), es sei eine „ausgemachte Sache", daß für schuldhaftes Verhalten beim Vertragsschluß gehaftet werde, für die Rechtsprechung des Reichsgerichts als richtig anzusehen.

233) RG. JW. 1927, 262.

234) RG. 114, 159.

235) RG. LZ. 29, 1262.

235) s. auch RG. 107, 240; 116, 15; 120, 126; 120, 249; 129, 280; 131, 343; 132, 305; 143, 219; 148, 286; 151, 357; LZ. 28, 1063; LZ. 29. 606; 1932, 1480; 1932, 1228; 1932, 38; 1933, 655; 1933, 310; JW. 1936, 2390; 1936, 660; 1936, 799; 1936, 803; 1935, 1687; JW. 1934, 2904; 1934, 2906.

237) RGRKomm. 1934 § 276, 3.

Zweiter Teil.

Zusammenfassende Darstellung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß.

I.

Die Entwicklung der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß in Wissenschaft und Rechtsprechung ist somit bis zum heutigen Stande geschildert worden. Es soll nun eine Übersicht über die heutige Lage der Lehre gegeben werden. Dabei bin ich mir im klaren, daß im allgemeinen Teil der folgenden Untersuchung es sich nur um eine kurze Zusammenfassung des Gesagten handeln kann, da alle wesentlichen Probleme schon besprochen sind. Dies ist aber erforderlich, weil im Anschluß hieran gezeigt werden soll, ob die Lehre mit nationalsozialistischer Rechtsanschauung vereinbar ist oder nicht.

1. Die auf das Prinzip der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß zurückzuführenden Bestimmungen der geltenden Rechtsordnung.

In erster Linie sind diejenigen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Gesetze aufzuzeigen, die mit der Lehre zusammenhängen oder aber von der Rechtswissenschaft mit ihr in Zusammenhang gebracht werden. Dieser Katalog wird jedoch nicht vollständig sein, was insofern auch nicht notwendig ist, als das Problem schon aus den anzuführenden Bestimmungen deutlich zu erkennen ist.

Nach herrschender Lehre beruhen die §§ 523 I, 524 I, 600 BGB. auf dolus in contrahendo und § 694 BGB. auf culpa in contrahendo[238]). Das Gesetz setzt in diesen Fällen aber stets den Abschluß eines gültigen Vertrages voraus. Ebenso ist § 463 S. 2 BGB. auf Arglist bei Vertragsschluß zurückzuführen[239]). Dagegen geht die Schadensersatzpflicht der §§ 523 II, 524 II BGB. nicht auf culpa in contrahendo zurück, sondern auf ein schuldhaftes Verhalten nach Vertragsschluß bei der Vertragserfüllung[240]).

Nach Jungs[241]) Ansicht wäre es näherliegend, die §§ 523, 463, 694 BGB. als Fälle der positiven Vertragsverletzung aufzufassen, weil in allen diesen Fällen ein gültiger Vertrag vorausgesetzt werde. Nicht anders zu behandeln als diese Fälle seien die, in denen das Reichs-

238) a. M.: Herholz a. a. O. S. 293.

239) Herrschende Meinung: Krückmann JherJ. 59, 323; Enneccerus-Lehmann 1932 § 43 Abs. 3; v. Tuhr Lehrb. II 1 S. 489; Planck-Siber Vorb. zu § 275 I 4 a; RG. 95 60. a. M.: RGRK. 1934 § 463 Anm. 5. Nach Leonhards Ansicht (Verschulden S. 53) wurde dieser Paragraph noch als Fall der Gewährschaft aufgefaßt.

240) So auch Steinberg a. a. O. S. 18.

241) Bürgerliches Recht, 1931, S. 725.

gericht auch bei bloßer Fahrlässigkeit eine Schadensersatzpflicht des Vertragschließenden bei zustandegekommenem Vertrag anerkenne, die sich aber nicht als Schadensersatzpflicht für Nichterfüllung kennzeichnen ließen. Nach Jungs Ansicht sind danach aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung heraus zu ersetzen: Die Kosten der nochmaligen Aussaat, weil das zuerst gelieferte Saatgut nicht aufging; der durch Unbrauchbarkeit einer gelieferten Maschine angerichtete Schaden; der durch unzuverlässige Auskunft eines Bankiers entstandene Schaden. Wie sich aus dem Zusammenhang seiner Darlegung ergibt, scheint es so, als ob er die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ebenso wie Leonhard dann ablehnt, wenn es zu einem gültigen Vertragsschluß nicht gekommen ist. Mithin erkennt er eine allgemeine Haftung für culpa in contrahendo nicht an.

Aus einer Reihe anderer Bestimmungen ergeben sich vorvertragliche Pflichten, bei deren Verletzung ein Schadensersatzanspruch zwar nicht gewährt wird[242]), wohl aber andere Rechtsfolgen eintreten. Hierher gehören §§ 16, 17 VersVertrG. v. 30. Mai 1908[243]). Das Recht zum Rücktritt vom Versicherungsvertrage ist hiernach die Rechtsfolge des schuldhaften Verschweigens bzw. der schuldhaften Anzeige wichtiger Umstände bei Vertragsschluß. In diese Gruppe gehören auch die von Planck[244]) zitierten §§ 443, 476, 540, 637 BGB. Nebenabreden sind danach nichtig, sofern die vorvertragliche Pflicht, Mängel nicht zu verschweigen, arglistig verletzt worden ist. Mit andern Worten: Der angedrohte Rechtsnachteil tritt als Folge eines schuldhaften Verhaltens bei den Vertragsverhandlungen bzw. bei Vertragsschluß ein.

Dagegen ist es unrichtig, den § 45 BörsG. vom 22. Juni 1896 als Fall der culpa in contrahendo anzusehen[245]). Eine culpa in contrahendo liegt nämlich nur vor, wenn der Ersatzpflichtige die andere Vertragspartei schuldhaft geschädigt hat. Es muß also zwischen beiden Parteien das Verhältnis der Vertragsverhandlung bestehen. Gemäß § 45 BörsG. bestehen aber keine vertraglichen Beziehungen zwischen der einen Prospekt erlassenden Bank und dem Ersatzberechtigten; denn Verkäufer und Prospekterlasser sind regelmäßig nicht identisch[246]).

Das Gleiche gilt auch von der Annahme, daß § 795 III BGB. als ein Fall der culpa in contrahendo aufzufassen sei[247]). Die bei § 45 BörsG. gegebene Begründung gilt auch hier, da unter Umständen der berechtigte Inhaber mit dem Aussteller nie in Vertragsverhandlungen gestanden hat. Der Gesetzeswortlaut sagt weiterhin nichts von einem Verschulden des haftenden Ausstellers. Die §§ 795 III BGB. und 45 BörsG. stellen sich daher als besondere gesetzliche Tatbestände dar.

Jherings Lehre vom Schadensersatz bei nichtigen Verträgen ist am reinsten in den §§ 307, 309 BGB. zum Ausdruck gekommen. Der Rechtsgrund dieser Paragraphen wird ganz allgemein auf das Prinzip der culpa in contrahendo zurückgeführt[248]). Ebenso beruht, wie

242) Ob man diese Vorschriften für die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß verwenden kann, erscheint allerdings zweiselhaft.
243) Steinberg a. a. O. S. 20; Stoll LZ. 1923, 537.
244) Vorbem. zu § 275 I 4 a.
245) Stoll LZ. 1923, 537; Leonhard 1929, S. 544; Scholz, Verschulden bei Vertragsschluß 1930, S. 10.
246) s. auch Steinberg a. a. O. S. 20, dessen Ausführungen hierzu überzeugend sind.
247) Jung a. a. O. S. 725.
248) Enneccerus-Lehmann 1932 § 43; RGRKomm. 1934 § 307 Anm. 1.

oben[249]) nachgewiesen worden ist, § 179 I BGB. auf culpa in contrahendo, aber auch die §§ 122 und 179 II BGB., bei denen allerdings von vielen Schriftstellern der Zusammenhang mit der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß geleugnet wird, weil sie nicht in allen Fällen eine culpa voraussetzten[250]). Stoll[251]) weist mit Recht darauf hin, daß es sich um dasselbe Prinzip handele; denn zunächst würde es sich grundsätzlich fragen, ob für eine Partei überhaupt eine Verpflichtung aus vorvertraglichem Verhalten erwachsen könne. Dann erst müsse man prüfen, ob man die Haftung lediglich an die objektive Tatsache ihres Verhaltens (Veranlassungsprinzip) anknüpfen wolle, oder erfordere, daß dieses Verhalten der Partei vorwerfbar sei (Verschuldensprinzip)[252]).

Auf dem Grundsatz des Verschuldens bei Vertragsschluß beruhen auch die §§ 663 und 675 BGB. Wenn auch in diesen Bestimmungen nur eine Anzeigepflicht angeordnet wird, so tritt doch eine Schadensersatzpflicht nach allgemeinen Grundsätzen ein, wenn diese schuldhaft verletzt wird[253]). Auch § 30 RAO. beruht auf einer culpa in contrahendo. In diesem Paragraphen wird allerdings die Schadensersatzpflicht unmittelbar angeordnet.

§ 149 BGB. ist ebenfalls als ein Fall der Haftung für culpa in contrahendo aufzufassen. Der Vertragsakzeptant soll durch diese Vorschrift geschützt werden. Bei rechtzeitiger Absendung der Annahmeerklärung konnte der Akzeptant vermuten, daß gemäß § 147 BGB. der Vertrag zustandegekommen war. Erhielt er nun keine Anzeige von dem verspäteten Zugehen der Annahmeerklärung, so konnte er auch nicht wissen, daß gemäß § 150 BGB. die Annahme als neuer Antrag galt. Um den Annehmenden vor falschen Vorbereitungen zu bewahren, legt das Bürgerliche Gesetzbuch dem Offerenten als Empfänger der Annahmeerklärung eine Mitteilungspflicht auf. Wird diese Pflicht verletzt, so handelt er schuldhaft in contrahendo. Das Gesetz gibt hier nun nicht einen Schadensersatzanspruch, sondern regelt es dahin, daß die Annahme nicht als verspätet gilt, der Vertrag also zustandegekommen ist. Eine ähnliche Regelung finden wir auch in § 362 I HGB. Hier wird auch eine Annahme fingiert, die als Rechtsfolge eines schuldhaften Verhaltens bei den Vertragsverhandlungen erscheint. Hervorgehoben kann an dieser Stelle noch werden, daß diese Pflicht in § 362 I HGB. nicht allein aus der „Geschäftsverbindung" folgt. Wäre dies nämlich der Fall, so hätte die oben angeführte Rechtsprechung in den Bankierfällen hier einen Anhalt finden können[254]).

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß das Problem des Verschuldens beim Vertragsschluß die gesamte Privatrechtsordnung durchzieht, daß es insbesondere auch Gesetzesbestimmungen gibt, die eine Haftung eintreten lassen, sofern ein gültiger Vertrag nicht zustandegekommen ist, so daß auch die Ansicht Leonhards[255]), die noch heute im wesentlichen auf dem von ihm 1910 aufgestellten Prinzip beruht, abzulehnen ist Man wird also eine Haftung für Verschulden

249) Siehe oben S. 23.
250) RGRKomm. 1934 § 122 Anm. 1; Enneccerus Allg. T. § 159; Planck-Siber vor § 275 I 4 a; Staudinger § 122 Anm. 2; v. Tuhr II 1 S. 490.
251) LZ. 1923, 532 Anm. 3.
252) Raiser a. a. O. S. 25 ff. äußert sich ähnlich dazu; s. auch Enneccerus-Lehmann 1932 § 43 III.
253) Enneccerus-Lehmann 1932 § 157.
254) Vgl. oben S. 27.
255) Leonhard, Allg. Schuldrecht S. 544.

bei Vertragsschluß allgemein anerkennen müssen, da auch die Rechtslehre, wie im ersten Teil der Arbeit gezeigt worden ist, eine solche mit mehr oder minder erheblichen Abweichungen bejaht. Es ist also unmöglich, Geppert[256]) zu folgen, der eine Haftung für culpa in contrahendo grundsätzlich ablehnt. Ob allerdings ein allgemeines Prinzip aufgestellt werden kann, wird von Oertmann[257]) stark bezweifelt. Nach seiner Ansicht sind die gesetzlichen Einzelbestimmungen auf manche ähnlichen Fälle analog anzuwenden[258]).

2. Die Begründung des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlung aus dem Gesetz.

Von fast allen Autoren ist keineswegs klar und deutlich die dogmatische Begründung herausgearbeitet worden. Soweit das überhaupt der Fall ist, ist die Begründung bei fast allen Autoren verschieden. Einigkeit herrscht nur darüber, daß durch die Vertragsverhandlungen als solche Beziehungen zwischen den Beteiligten hergestellt werden, durch die ihnen Rechte gegeben und Pflichten auferlegt werden. Hierfür werden die verschiedenartigsten Rechtsgründe angegeben. v. Tuhr, Stoll, Raiser und Herholz entnehmen ihren Grundsatz einer Verallgemeinerung der Einzelbestimmungen und verweisen hilfsweise auf das Erfordernis der Billigkeit. Dabei beruft sich dann der eine mehr auf diese, der andere auf jene Gesetzesbestimmung. Wie schon erwähnt, hat sich auch das Reichsgericht durch Bezugnahme auf die positiven Bestimmungen zu seiner heutigen Auffassung durchgerungen. Nachdem dies geschehen war, erwähnt es diese jedoch kaum noch. Einige — so auch manchmal jetzt das Reichsgericht — stützen sich einfach auf Treu und Glauben, da sie eine Generalisierung der Einzelbestimmung glauben ablehnen zu müssen[259]), andere wieder sehen in der fortgesetzten Anwendung der die Haftung für culpa in contrahendo angehenden Rechtsgedanken die Bildung eines Gewohnheitsrechts und gründen darauf die Haftung für culpa in contrahendo[260]). Vollkommen unnötig erscheint es, heute noch für irgend eine dieser Ansichten eine Lanze brechen zu wollen. Der Versuch, dies zu tun, bedeutet auch nur, den vorhandenen Streit zu vergrößern. Denn fast alle kommen zu dem von ihnen gewünschten Ergebnis einer Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß, sei es, daß sie dieser oder jener Auslegung folgen. Mit Recht hat Titze hierauf schon hingewiesen; trotzdem hat man noch in der neuesten Zeit immer wieder unnötig versucht, die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß theoretisch zu begründen[261]). Mit Recht betont Titze, daß angesichts der jetzt nicht mehr anzuzweifelnden Tatsache, daß das Verschulden beim Vertragsschluß eine Haftung erzeuge, der Streit um den Rechtsgrund ebensowenig bedeutsam sei, wie etwa im Gebiet der positiven Ver-

256) Siehe oben S. 41 ff.

257) s. ArchZivPr. 121, 122; Komm. § 280 Anm. 4; Vorb. zu § 145 Anm. 7.

258) Ebenso Kreß S. 583/84. Er sagt: „Ein allgemeiner Rechtssatz aber, wonach jeder Vertragsteil dem andern Teil für schuldhaftes Verhalten bei den Vertragsverhandlungen einzustehen hätte, kann nicht anerkannt werden. Soweit die Gesetzesanalogie versagt, müssen die Schutzverpflichtungen für den Einzelfall durch ergänzende Auslegung (Vertragsverhandlungen § 157) festgestellt werden".

259) Staudinger Vorb. A. I. 2 vor § 275; Hedemann, Schuldrecht 1931 § 22, V; Steinberg a. a. O. S. 83.

260) Steinberg a. a. O. S. 89; Heldrich a. a. O. S. 55; Stoll JW. 1933, 35.

261) s. Dömpke, Die Grundlage u. d. Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen, 1933, S. 14 ff.; Berger a. a. O. S. 25 ff.

tragsverletzung die Streitfrage, ob hier die Haftung mit § 276 BGB. oder mit § 280 BGB. oder mit §§ 325, 326 BGB. oder mit allgemeinen Gedanken des Schuldrechts zu begründen sei. Als weitere Parallele wird man — über Titze hinausgehend — anführen können, daß auch bei der Schadensliquidation des Drittinteresses ein praktisch bedeutungsloser Streit besteht, ob die Liquidation des Drittinteresses durch § 281 BGB. mittelbar anerkannt ist oder nicht. Alle diese Rechtsgründe für einen Schadensersatzanspruch sind vom Gesetzgeber des BGB. nicht geregelt, sondern von der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung ausgebildet worden. Der Vorwurf, daß nach dem Gesagten folgerichtig sich die dogmatische Begründung einer jeden Lehre erübrigen würde, ist nicht stichhaltig. Denn unsere Argumentation trifft nur in den Fällen zu, in denen Rechtsprechung und Rechtslehre die im Bürgerlichen Gesetzbuch vorhandenen Lücken aufgezeigt und ergänzt haben.

3. Die rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses.

Man muß sich jetzt darüber klar werden, wo das Rechtsinstitut der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß systematisch im Gefüge unseres Bürgerlichen Rechts einzureihen ist. Mit anderen Worten: Ist es eine Haftung aus Delikt oder aus Vertrag? Wir haben das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen als ein gesetzliches Schuldverhältnis aufzufassen, das die Parteien zu Handlungen und Unterlassungen verpflichtet, da die besonderen Verpflichtungen zur Sorgfalt gegenüber dem anderen Vertragsteil lediglich die Folge von tatsächlichen Anbahnungen eines Vertrages durch eine Partei sind, und da das Gesetz die sich hieraus ergebenen Rechte unter seinen Schutz stellt. Diese Legalobligation ist nach der jetzigen Gestaltung der unerlaubten Handlung nicht als deliktisches aufzufassen. Vielmehr ist dieses hier zu charakterisierende Schuldverhältnis in allen wesentlichen Punkten dem vertraglichen gleichzusetzen, so daß insbesondere § 278 BGB. anwendbar ist. Damit ist das Ergebnis erreicht, das wegen der Unbilligkeit des § 831 BGB. mit seiner Haftungsbefreiungsmöglichkeit von vornherein angestrebt wurde.

Der Grund für die Gleichsetzung dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses mit einem vertraglichen ist der, daß in beiden Fällen die Tatbestände gleichartig sind. Um das zu beweisen, ist es notwendig, die Haftung aus § 278 BGB. der der Haftung aus § 831 BGB. gegenüberzustellen. Auf Grund des § 278 BGB. wird deshalb in weitestgehendem Umfang für einen Gehilfen gehaftet, weil der Haftende zu dem Geschädigten in Vertragsbeziehungen steht, während bei § 831 BGB. ein Vertrag nicht vorausgesetzt wird. Mit Eintritt in die Vertragsverhandlungen wird zwischen den Parteien aber ein Verhältnis geschaffen, das einem vertraglichen sehr nahe kommt und ein deliktisches nicht sein kann, weil Ziel der Vertragsverhandlungen der Abschluß eines Vertrages ist. Die Begründung von schärferen Sorgfaltspflichten ist daher ebenso berechtigt und billig, als wenn ein Vertrag schon geschlossen wäre[262]).

Zu demselben Ergebnis kommt man auch, wenn man bedenkt, daß die Lehre vom Verschulden bei Vertragsschluß auch deshalb ent-

[262]) Es kann hier noch dahingestellt bleiben, ob auf das positive oder auf das negative Interesse gehaftet wird.

wickelt wurde, weil die Tatbestände der unerlaubten Handlung nicht ausreichten und weil man auch in den Fällen einer Vermögensbeschädigung helfen wollte. Man suchte deshalb nach solchen Vorschriften im BGB., die in anderen Fällen eine Schadensersatzpflicht für eine Vermögensbeschädigung vor Vertragsschluß anerkannten und deshalb zur Begründung der hier in Frage stehenden Pflichten herangezogen werden konnten. Hierbei fand der eine diese, der andere jene Gesetzesbestimmung. Niemals jedoch war einer der §§ 823 ff. BGB. darunter. Da das Bürgerliche Gesetzbuch neben den deliktischen nur noch vertragliche[263]) Schadensersatzpflichten kennt, kann es sich auch bei der culpa in contrahendo nur um eine vertragliche Haftung handeln, zumal die deliktischen Tatbestände durch Rechtslehre und Rechtsprechung fest umgrenzt sind.

Soweit die Wissenschaft überhaupt eine rechtsgeschäftliche Haftung anerkennt, stimmt sie mit der hier vertretenen Ansicht überein. Daher wird auch von allen von „vertragsähnlichen Pflichten" gesprochen. Dies hat zuerst v. Tuhr besonders hervorgehoben[264])[265]).

Aus dem eben Gesagten ergibt sich eine wichtige Folgerung. Gemäß §§ 105 ff. BGB. soll sich der Geschäftsunfähige überhaupt nicht, und der beschränkt Geschäftsfähige nicht ohne die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters rechtsgeschäftlich verpflichten können. Da der Geschäftsunfähige überhaupt nicht aus Rechtsgeschäften verpflichtet werden kann, trifft ihn auch keine Haftung aus culpa in contrahendo. Ebensowenig kann sich der beschränkt Geschäftsfähige ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen verpflichten. M. a. W.: ein beschränkt Geschäftsfähiger haftet aus culpa in contrahendo nur dann, wenn und soweit er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat[266]). Auf ähnlichen Gedanken beruht auch § 179 III 2. Liegt hier keine Einwilligung vor, so haftet der Minderjährige, der z. B. seine Minderjährigkeit verschweigt, dem Vertragsgegner, wenn überhaupt, aus Delikt gemäß § 823 ff. BGB. Doch wird es bei den Personen des § 828 II BGB. häufig an der zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht mangeln[267]). Liegt dagegen eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vor, so kommt man zu verschiedenen Ergebnissen, je nachdem, ob die Einwilligung zum Abschluß des Vertrages oder nur zu Vertragsverhandlungen erteilt ist. Lag eine Einwilligung nur zur Verhandlung, nicht aber zum Abschluß des Vertrages vor, so ist ein gültiger Vertrag nicht zustandegekommen. Kannte der Vertragsgegner das Fehlen der Abschlußeinwilligung nicht, so kann dieser aus dem Verschulden beim Vertragsschluß zwar nicht Erfüllung, wohl aber das negative Interesse verlangen (§ 249 BGB.); denn der Minderjährige war aus dem vertraglichen Rechtsverhältnis wohl berechtigt, zu verhandeln, nicht aber abzuschließen. Das Ergebnis ist also nicht etwa dasselbe, wie wenn die Einwilligung zum Abschluß des Vertrages vorhanden gewesen wäre. Denn in diesem Falle hat der Ersatzberechtigte einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse.

263) Abgesehen von den Legalobligationen, wie z. B. den sich aus der Geschäftsführung ohne Auftrag ergebenden Schadensersatzpflichten.
264) v. Tuhr, Allg. T. II 1 S. 488.
265) Auch Rabel meint (a. a. O. S. 324), daß diese Pflichten und die sich aus diesen bei schuldhafter Verletzung ergebenden Schadensersatzansprüche den vertraglichen näherstehen als den deliktischen.
266) v. Tuhr, Allg. T. II 1 S. 490; Heldrich S. 55 ff.; Leonhard 1910, 59.
267) Titze Hdw. d. RW. VI, S. 522.

Hierzu bringt Heldrich[268]) ein Beispiel. Ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters schließt ein Minderjähriger mit einem geschäftsfähigen Dritten einen Verwahrungsvertrag ab. Dieser stellt ein mit ansteckender Krankheit behaftets Pferd in den Stall des Minderjährigen ein. Wenn das kranke Pferd die übrigen ansteckt, so haftet der Dritte aus der culpa in contrahendo. Umgekehrt haftet dagegen der Minderjährige dem Dritten rechtsgeschäftlich nicht, wenn er ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters dessen Pferd in seinem Stall unterstellt und dabei eine im Stall herrschende Krankheit verschweigt. Es ist wohl richtig, daß aus dem zwischen dem Minderjährigen und dem Dritten abgeschlossenen Vertrage vor der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters für beide Teile im allgemeinen keine Pflichten entstehen. Hieraus kann man jedoch nicht schließen, daß aus dem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen überhaupt keine Pflichten entständen. Vielmehr entstehen solche sehr wohl für den Vollgeschäftsfähigen[269]).

4. Die sich aus dem Rechtsverhältnis ergebenden Pflichten.

Von allen Schriftstellern und auch vom Reichsgericht wurde zur Begründung der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß darauf hingewiesen, daß zwischen den verhandelnden Parteien verschiedenartige vorvertragliche Pflichten beständen. Aufgabe soll es nun sein, diese näher zu bestimmen. Von den Pflichtentypen sind einige schon erwähnt worden. So die Anzeige-, Erkundigungs- und die allgemeinen Sorgfaltspflichten für die Person des Gegners während der Vertragsverhandlungen. Diese Pflichten im einzelnen aufzuzählen, ist nicht notwendig. Es ist vielmehr lediglich hervorzuheben, daß sich der Inhalt aller Pflichten, wie bei den vertraglichen, denen sie ja sehr ähnlich sind, aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergibt. Es besteht daher bei einem Vertragsschluß z. B. die Pflicht, den Gegner, der von falschen Voraussetzungen ausgeht, deren Kenntnis für seinen Entschluß von großer Bedeutung sein würde, aufzuklären. Vom Reichsgericht ist dies immer wieder betont worden, wenn auch dabei berücksichtigt werden muß, worauf Hedemann mit Recht hinweist[270]), daß im Vorstadium vor dem Vertragsschluß ein gesunder Egoismus beider Teile immerhin seine Berechtigung habe und nicht gegen Treu und Glauben verstoße.

Titze[271]) ist der erste gewesen, der eine Einschränkung der beschriebenen Pflichten vorgenommen hat. Nach seiner Ansicht sind nur zwei Gruppen von Fällen unter das Verschulden bei Vertragsschluß zu rechnen. In der ersten handele es sich darum, daß sich ein Teil durch das schuldhafte Verhalten des Gegners bei den Vertragsverhandlungen (das regelmäßig in unzulänglicher Aufklärung des andern Kontrahenten bestehen wird) zum Abschluß eines Vertrages habe bewegen lassen, den er ohne jenes Verhalten nicht eingegangen

268) a. a. O. S. 56.

269) Der Darlegung Hildebrandts (a. a. O. S. 143), wonach bei culpa in contrahendo der Ehefrau für die Verfolgung des Schadensersatzanspruches in das eingebrachte Gut oder Gesamtgut die gleichen Grundsätze gelten, soweit die Ehefrau zur Verhaftung dieser Vermögensmassen der Zustimmung des Ehemanns bedarf und die betreffende Masse nicht durch das Zielgeschäft bereichert ist (§§ 1399 II, 1439, 1460, 1525 II, 1532, 1549, 1550 II) ist zuzustimmen.

270) Hedemann, Schuldrecht 1931, S. 149 V.

271) DJZ. 1925, 490; Hdw. d. RW. 1929, 516 ff.; JW. 1931, 512.

wäre. In der zweiten Gruppe handele es sich um Fälle, wo trotz äußerlichen Kontrahierens ein gültiger Vertrag nicht entstanden sei, durch Verschulden des einen Teils aber der andere Teil in den Glauben versetzt worden sei, es sei ein wirksamer Vertrag geschlossen.

Nach Titzes Ansicht sind daher einmal die Fälle auszuscheiden, wo jemand zwar anläßlich eines Vertragsschlusses ein schuldhaftes Verhalten beobachtet, letzteres sich aber nicht auf die Verhandlung bezieht und den andern Teil darum nicht in seiner Eigenschaft als Vertragsgegner schädigt. Die Pflicht, die Person oder das Eigentum des andern nicht zu schädigen, bestehe gegenüber jedem. Sie sei im Deliktsrecht eindeutig festgelegt. Die Entscheidung RG. 78, 239 wird aus diesem Grunde von Titze abgelehnt[272]).

Ein sehr wichtiger Teil der vorvertraglichen Pflichten wird also von Titze herausgegriffen und ausgeschieden. Es handelt sich um eine Grupe von Pflichten, an der, wie im ersten Teil der Arbeit gezeigt wurde, sich gerade die heute herrschende Ansicht vom Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen entwickelt hatte. Diese Einschränkung der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß ist jedoch berechtigt und auch im Interesse des Verkehrs nur wünschenswert. Betrachtet man Stolls Ansicht[273]), wonach schon durch den Eintritt in das Warenhaus das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen begonnen haben soll, so daß der Warenhausinhaber auch vertraglich für Verkehrssicherheit einzustehen habe, so wird dieses Ergebnis den Bedürfnissen des Verkehrs in keiner Weise gerecht. Eine Sonderverbindung, die allein die rechtsgeschäftliche Natur der Beziehungen rechtfertigen kann, ist noch nicht gegeben. Eine bestimmte Person wird durch die Ladeneröffnung noch nicht zum Eintritt in Vertragsverhandlungen aufgefordert. Vielmehr ist die Eröffnung des Geschäfts und die darin gleichzeitig liegende Einladung zum Eintritt in den Laden ganz allgemein. Zu einer Sonderverbindung kommt es erst dann, wenn eine tatsächliche Vorbereitungshandlung (Fischbachs Erfordernis) vorliegt[274])[275]). Äußerst fraglich erscheint es dann aber auch, ob sich gerade die Erhaltungspflichten für die Person aus dieser Sachverbindung entnehmen lassen. Herholz[276]) spricht von spezifischen Gefahren in jeder Rahmenbeziehung. So begebe sich eine Hausfrau, die einen Laden betritt, damit in den dem Geschäftsbetrieb entstammenden Gefahrenkreis. Hieraus ergibt sich dann allgemein, daß jede Anbahnung von Vertragsverhandlungen spezifische Gefahren mit sich bringt. In den einzelnen Fällen unterscheiden sie sich dagegen. So sind diese Gefahren bei dem vorvertraglichen Verhältnis zwischen Gastwirt und Gästen andere als bei der Beziehung zwischen Ladeninhaber nud Kunden. Immer aber handelt es sich nur um solche Gefahren, die im Zusammenhang mit dem Vertrage sich auf eine Beschädigung beziehen. Überall kann man z. B. körperlich verletzt werden, ohne daß dies mit der Vertragsverhandlung irgendetwas zu tun hat. Es ist daher nicht unberechtigt, wie Titze[277]) dartut, die genann-

272) s. auch ähnlich Staudinger § 276 I 2 über die sog. Verkehrshaftung.

273) LZ. 1923 S. 535 Anm. 9.

274) Danach gehören auch die Fälle nicht zur culpa in contrahendo, in denen ein Geschäft durch Zeitungsannonce Waren anpreist, die es gar nicht auf Lager hat, so daß die Kunden unnötig Fahrgeld ausgegeben haben.

275) Über Anfang und Ende der vorvertraglichen Rechtsbeziehungen s. S. 69 ff.

276) a. a. O. S. 296.

277) s. auch Berger a. a. O. S. 47 ff.

ten Erhaltungspflichten aus dem Kreis der rechtsgeschäftlichen Pflichten überhaupt auszuschalten.

Dennoch erscheint es in einigen Fällen wünschenswert, eine rechtsgeschäftliche Haftung anzunehmen, nämlich dann, wenn die Vertragsverhandelnden nicht mehr in allzu losen Beziehungen stehen. So erfolgte auch in dem Linoleumfall eine Verletzung infolge und nicht etwa bei Gelegenheit der schon tatsächlich weit fortgeschrittenen Vertragsverhandlungen. In diesem Fall ist es dann auch billig und berechtigt, einen eigenen vorbereitenden Vertrag, der als Haftungsgrundlage dient, anzunehmen und nicht nur ein vorbereitendes Rechtsverhältnis[278]). Ein solcher Vertrag ist daher nur in den Fällen gegeben, in denen die Parteien tatsächlich in eingehende Verhandlungen eingetreten sind. Diese Einschränkung ist notwendig, um dem regelmäßig wiederkehrenden Vorwurf der Fiktion zu entgehen. Es geht deshalb auch nicht an, mit Siber[279]) das Vorliegen eines solchen Vertrages schon anzunehmen, wenn die Parteien willentlich die Grenzen des nur Gesellschaftlichen überschritten haben und bereits in das Gebiet der geschäftlichen Verhandlungen eingetreten sind. Bei der Annahme eines solchen Vertrages kommt man dann auch in gewissen Fällen zu einer vertraglichen Haftung für die Verletzung eines Dritten, der den Vertragsverhandlungen beigewohnt hat und zwar auf Grund des Vertrages zugunsten Dritter[280]). Eine solche Haftung ist dagegen bei dem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen völlig ausgeschlossen. Damit spricht auch eine gewisse Billigkeit für die Annahme solcher Verträge. Titze hat gegen diese Konstruktion nichts einzuwenden. Er ist jedoch der Auffassung, daß man zu einer anderen Haftungsgrundlage kommen müsse, wenn man aus Billigkeitserwägungen eine Haftung annehmen wolle. Mit der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß hätte das aber nichts mehr zu tun[281]).

Das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen behält trotz dieser Einschränkung seine grundlegende Bedeutung noch immer für die Fälle des Dissenses, der Nichtigkeit wegen Formmangels und anderer im einzelnen nicht aufzuführenden Fälle.

Ferner schließt Titze diejenigen Fälle von der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß aus, in denen das einer Partei bei Vertragsschluß zur Last fallende Verschulden die vertragliche Leistungspflicht berührt und infolgedessen bereits durch den Begriff des Erfüllungsverschuldens, der culpa in solvendo gedeckt ist. Das ist z. B. der Fall, wenn sich jemand zur Leistung einer Sache verpflichtet, von der er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie ihm gestohlen worden ist oder ihm nicht gehört. Oder aber auch folgender Fall: Ein Gastwirt richtet Speisen, die er im Laufe des Tages verkaufen will, nachlässig an. Die Gäste, die die Speisen später bestellen,

278) So auch Leonhard, Lehrb. S. 551; Hildebrandt a. a. O. S. 225 ff.
a. M.: Brückner, Recht 1905 S. 329 ff.; Berger S. 49. Nach Bergers Ansicht ist die Konstruktion sog. Erhaltungsverträge — sei es, daß sie die Person, sei es, daß sie das Vermögen betreffen — regelmäßig eine Fiktion; nur in besonders gelagerten Fällen, in denen wirklich auf eine Abrede zu schließen ist, will er die Annahme eines solchen Vertrages rechtfertigen. Wann das nun der Fall ist, sagt er nicht. Da er den Linoleumfall völlig ablehnt, kann angenommen werden, daß er mit der hier vertretenen Ansicht nicht übereinstimmt. — Dömpke a. a. O. geht auf die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß überhaupt nicht ein. Man muß ihn deshalb zu denjenigen rechnen, die die culpa in contrahendo sehr weit auslegen. Eine Begründung hierfür fehlt aber.
279) Siber, JherJ. 70, 259.
280) Vgl. oben S. 47.
281) Titze Hdw. d. RW. VI, 517.

erkranken daran. Mit Rücksicht auf die dogmatische Klarheit sind Fälle der eben genannten Art dann auszuscheiden, wenn ihre Einordnung in das Erfüllungsverschulden zu einer völlig ausreichenden Haftung führt. Nehmen wir deshalb an, es verkauft jemand ein gestohlenes Auto. Eigentum kann der Verkäufer dem Käufer nach § 935 BGB. nicht verschaffen, obwohl er aus dem Kaufvertrage dazu verpflichtet ist (§ 433 BGB.). Den Umstand, daß der Verkäufer die Leistung nicht erbringen kann, hat er auch zu vertreten. Gemäß § 440 i. Verb. m. § 325 BGB. kann der Käufer daher Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die hier dargelegte Ansicht wird schon deshalb zu billigen sein, weil die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß gerade in den Fällen helfen sollte, in denen ohne sie eine vertragliche Haftung nicht herzustellen ist. Allerdings wird durch das Ausscheiden dieser Fälle die Lehre der culpa in contrahendo beträchtlich eingeschränkt, so daß z. B. auch die Fälle, die Leonhard unter dem Gesichtspunkt seiner Lehre betrachtet, nicht mehr hierher gehören.

5. Beginn und Ende des Rechtsverhältnisses.

Im allgemeinen bereitet die Frage der Beendigung des Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen keine Schwierigkeit. Es kann enden durch Abbruch der Verhandlungen, sei es in beiderseitiger Übereinstimmung, oder sei es einseitig. Dies z. B. dann, wenn der Vertrag durch Annahme der Offerte geschlossen wird, weil dann das Erfüllungsstadium beginnt[282]).

Über die Frage, wann das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen beginnt, wurde schon eine Andeutung gemacht[283]). Im Schrifttum herrscht hierüber Streit. Durch Vertragsangebot oder durch die Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsverhandlungen, also durch Rechtsgeschäft, kommt das Schuldverhältnis nach Ansicht Stolls[284]) zustande. Die Stellung Hildebrandts[285]) zu dieser Frage ist nicht deutlich zu ersehen; er setzt sich hauptsächlich mit Stolls Ansicht auseinander. Nach ihm bestehen die Pflichten schon vor dem Beginn des Schuldverhältnisses. Diese seien aber solange in der Schwebe, wie die Verhandlungen nicht mit einem bestimmten Verhandlungsgegner aufgenommen seien. Erst mit Eröffnung durch die Abgabe von Willens- oder Wissenserklärungen stehe (rückwirkend) die Erklärungsgläubigerschaft fest. Mithin scheint bei ihm das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen zu beginnen „mit der Abgabe von Willens- oder Wissenserklärungen". Ebenso steht Heldrich[286]) auf dem Standpunkt, daß die vorvertraglichen Pflichten, insbesondere im Gegensatz zu Stolls Auffassung, schon vor der Aufnahme der Beziehungen zum Gegner existieren. Zur Begründung hierfür bringt er folgenden Fall: Es schickt jemand einem andern eine Sache von gefahrdrohender Eigenschaft mit der Bitte um Aufbewahrung. Die Verwahrung wird abgelehnt. Während sich die Sache noch bei dem Empfänger befindet, entsteht diesem durch ihre Beschaffenheit ein Schaden. Wenn hier die vorvertraglichen Pflichten erst mit dem Zugang des Antrags ent-

282) Dömpke a. a. O. S. 47 ff.
283) Siehe oben S. 67.
284) LZ. 1923 S. 544.
285) a. a. O. S. 91 ff.
286) Heldrich a. a. O. S. 54.

stünden, so würde der Absender nicht haften, da er in diesem Augenblick gar keine Möglichkeit mehr hätte, seiner Verpflichtung nachzukommen. Die Sorgfaltspflichten entständen daher schon in dem Augenblick, in dem der Antragsteller entschlossen sei, an den andern zum Zwecke des Abschlusses des Vertrages heranzutreten.

Im übrigen ist mit Recht gegen Heldrichs Ansicht eingewendet worden, daß der bloße innere Wille, in Vertragsverhandlungen einzutreten, nicht maßgebend sein kann. Das soll sich nach Steinbergs Ansicht[287]) daraus ergeben, daß die culpa in contrahendo schuldhafte Handlungen voraussetze. Raiser[288]) führt gegen Heldrichs Ansicht an, daß bei der Anknüpfung an den Entschluß das Wesen der fraglichen Verpflichtung verkannt werde. Das Wesen der vorvertraglichen Pflichten sei es aber, daß sie nicht schlechthin jedem Menschen gegenüber gelten, wie die Pflicht, niemand zu töten, daß sie vielmehr von vornherein jeweils auf den einen bestimmten Gegner bezogen seien. Er unterscheidet daher

1. Einwirkung auf die fremde Interessensphäre (d. h. Zugehen der Offerte),
2. Einwirkungshandlung (d. h. Absenden der Offerte),
3. Einwirkungsentschluß.

Nach Raisers Ansicht entstehen diese Pflichten erst im Augenblick der Einwirkungshandlung auf die fremde Interessensphäre und müssen erfüllt sein bis zur tatsächlichen Einwirkung. Deshalb lautet die Norm: „Im Augenblick des Eingriffs mußt du diese oder jene Erkundigung oder Überlegung angestellt haben".

Mit Herholz[289]) muß Raisers Ansicht also so verstanden werden, daß die Offerte der Eingriff ist und rückwirkend die Pflichten begründet werden. Damit steht Hildebrandts[290]) Ansicht in engem Zusammenhang, wenn dieser das Schuldverhältnis auch nicht mit dem Zugang der Offerte entstehen läßt, sondern durch die Abgabe von Willens- oder Wissenserklärungen. Hiernach sind zu unterscheiden:

1. vertragliche Pflichten, die erst durch den Vertrag begründet werden,
2. Pflichten, die vorvertraglicher Natur sind,
3. Pflichten, die noch vor Bestehen des Beginns des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen bestehen, wenn auch rückwirkend vom Zeitpunkt des Entstehens.

Es ist dies natürlich theoretisch gesehen eine Kette, die beliebig weit fortgesetzt werden kann. Das Bestreben, den Entstehungszeitpunkt der Pflichten immer weiter zurückzuverlegen, ist wahrscheinlich auf den Irrtum dieser Schriftsteller zurückzuführen, daß es logisch undenkbar sei, daß zur selben Zeit die Unterlassungspflicht entsteht und zugleich verletzt wird. Demgegenüber soll beispielsweise nur darauf hingewiesen werden, daß an einem bestimmten Zeitpunkt Gesetze in Kraft treten und auch gleichzeitig verletzt werden können. Der Zeitpunkt des Beginns des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen wird also von diesen Schriftstellern zu weit gespannt. Völlig unbillig

287) Steinberg a. a. O. S. 94.
288) Raiser a. a. O. S. 24.
289) Herholz, ArchZivPr. 130, 244.
290) Hildebrandt a. a. O. S. 91 ff.

erscheint es auch, einem Handwerker Pflichten bei der Herstellung eines Werkes schon aufzuerlegen, wenn er beabsichtigt, zu irgendeinem noch nicht feststehenden Zeitpunkt das Werk zu verkaufen. Das ist auch nicht notwendig, da meistens andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, so z. B. der Einspruch des Erfüllungsverschuldens oder der Wandlung oder der Minderung.

Wir kommen so zu dem Ergebnis:

> Das besondere auf den Vertragsschluß gerichtete Rechte und Pflichten erzeugende Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen beginnt mit einer Handlung bzw. Erklärung einer Person gegenüber einer anderen bestimmten Person, die nach Treu und Glauben darauf schließen läßt, daß die Person in Vertragsverhandlung treten will.

Dieses Schuldverhältnis verpflichtet dann zunächst die die Verhandlung eröffnende Partei. Doppelseitig wird es, wenn auch der Angegangene sich auf Verhandlungen einläßt.

Hierunter fällt also folgender Fall:[291])

Ich bestelle einen Schwerhörigen als Vertreter. Dieser hat das ihm Aufgetragene falsch verstanden und schließt einen Vertrag, für den er keine Vertretungsmacht hatte. Der Vertrag wird nun von mir nicht genehmigt. Dennoch hafte ich dem Vertragsgegner für den daraus entstehenden Schaden, da ich einen Schwerhörigen geschickt habe, ohne mich zu vergewissern, ob dieser den Auftrag richtig verstanden hat[292]).

Nicht hierunter fallen alle die Fälle der Verkaufsanzeigen der Zeitungen, da der Verkäufer hier nicht mit einer bestimmten Person in vertragliche Beziehungen tritt. Auch die allgemeine Verkehrsanschauung würde es nicht als gerechtfertigt ansehen, wenn man einem Käufer das Fahrgeld ersetzen wollte, weil die gewünschte angepriesene Ware schon ausverkauft ist.

Die Entwickung und der heutige Stand der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß ist somit geschildert worden[293]).

II. Die Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß und die nationalsozialistische Rechtsauffassung[294]) [295]).

Die Entwicklung hat uns gezeigt, wie allmählich die Lehre von Wissenschaft und Rechtsprechung anerkannt wurde, wie sie sich von dem aktionrechtlichen Denken des römischen Rechtes loslöste und die Beziehungen der Parteien vor Vertragsabschluß nicht als rechtlich irrelevant auffaßte, so daß vor 1933 sogar von dem Bestehen eines

---

291) Lenel, Praktikum des Bürg. R. 1929 S. 45 Nr. 160.

292) Auch folgender Fall gehört hierher: Ich schicke einen mir als Betrüger bekannten Menschen zu Vertragsverhandlungen.

293) Auf die Einzelprobleme, die sich auf die Lehre vom Verschulden bei Vertragsschluß beziehen, ist erst später einzugehen; s. Seite 73.

294) Dömpke a. a. O.; Mühlich a. a. O.; Berger a. a. O.; Stoll, Vertrag und Unrecht 1936 prüfen diese Frage überhaupt nicht.

295) Bei der Frage der Rechtserneuerung wird sie gestreift von: Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht 1933; Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht 1934; Dölle Vom alten zum neuen Schuldrecht DJZ. 1934, 1016 ff.; Lange, Vertragstreue DR. 1934, 531 ff.; Siebert, Gemeinschaft und Bürgerl. Recht DR. 1934, 303 ff.; Siebert, Auflockerung und Umbruch im BürgR. DR. 1935, 56 ff.; Würdinger, Das subjektive Recht i. Privatrecht DR. 1935, 492 ff.; Larenz, Die Wandlung des Vertragsbegriffs DR. 1935, 488 ff.; Höhn, Gemeinschaft als Rechtsprinzip DR. 1934, 301 ff.

Gewohnheitsrechtes gesprochen werden konnte[296]) [297]). Auch heute wird von Schrifttum und Rechtsprechung die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß anerkannt[298]), so daß sie im wesentlichen immer noch als ein Gewohnheitsrecht gelten kann.

Keiner der Schriftsteller, die sich jetzt mit dem Problem der Rechtserneuerung des Schuldrechts beschäftigen, lehnt die Lehre ab. Man wendet sich höchstens dagegen, „den Vertrag als eine Beziehung lediglich zwischen Einzelindividuen zu denken, die vorher unverbunden durch das Medium des Vertragsschlusses überhaupt erst in eine dauerhafte Verbindung miteinander kommen"[299]), weil das einem individualistischen Denken entspricht. Damit ist für die Ansicht Gepperts[300]), der eine Haftung überhaupt ablehnte, kein Raum mehr. Mit Recht betont auch Lange[301]), daß die Rücksicht auf die Rechtsgenossen nicht erst mit Vertragsschluß beginnen könne, so daß Leonhards Ansicht[302]), der stets einen gültigen Vertrag voraussetzt, abzulehnen ist. Insoweit bringt die nationalsozialistische Rechtsanschauung für die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß keine grundsätzliche Neuerung. Mit Recht betont auch Lange, daß auf dem Gebiete des Schuldrechts nicht mit allem Herkommen gebrochen werden müsse. Vielmehr könne festgestellt werden, daß vor allem die Rechtsprechung seit dem 1. Januar 1900 in steigendem Maße gegen den Individualismus und Materialismus angekämpft und die Anschauungen des Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens gefördert habe. Und dies ist, wie hervorgehoben werden muß, bei der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß, durch Rechtslehre und Rechtswissenschaft geschehen[303]) [304]). So betont daher auch Lange, was keinen Widerspruch zur bisherigen Auffassung bedeutet [305]), daß das Schuldverhältnis nicht mehr als eine Kampfposition zweier selbständig einander gegenüberstehenden Individuen aufgefaßt werden dürfe, sondern als eine Vertrauensgemeinschaft, als „Organismus", aus dem für beide Teile, auch für den Gläubiger, die Pflichten erwüchsen, die Treu und Glauben von ihm fordern und ohne deren Erfüllung ein für das Gemeinwohl ersprießliches Ergebnis nicht erwartet werden könne[306]). Aus dem Gemeinschaftsgedanken ergebe sich daher die Rechtspflicht zur Offenlegung wesentlicher Umstände an den, mit dem man in Vertrauensgemeinschaft rechtlicher Beziehungen zu treten im Begriff ist und zur Sorgfalt in der Behandlung seiner Person und seines Ver-

296) Siehe oben S. 54 Anm. 209.

297) s. auch Steinberg a. a. O. S. 89; Heldrich a. a. O. S. 55; Stoll JW. 1933 S. 35.

298) s. für alle RG. 151, 357.

299) Larenz, Wandlung des Vertragsbegriffs, DR. 1935, 489.

300) Gruch. 69, 529.

301) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934, S. 71.

302) Leonhard, Verschulden 1910; Schuldrecht 1929.

303) s. auch Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht S. 16, wo er betont: Jeder Teil habe die Pflicht, auf den anderen billige Rücksicht zu nehmen, der Satz von Treu und Glauben habe sich hier als der Hebel erwiesen, mit dem die Rechtsprechung das individualistische Schuldrecht aus den Angeln gehoben und dem Gemeinschaftsgedanken Einlaß verschafft habe. Diesem ist nur zuzustimmen. Vgl. z. B. RG. 107, 357; s. auch Hedemann, Die Flucht in die Generalklausel, 1933, S. 11.

304) s. auch JW. 1936, 2898.

305) s. auch JW. 1935, 685. Dort führt Reuter aus, daß die Rechtsprechung der letzten drei Jahrzehnte über die Anschauung, daß das Schuldverhältnis nur aus einer Vielheit sich kreuzender Ansprüche bestehe, längst hinweggeschritten sei. Der Gedanke der Vertrauensgemeinschaft habe sich schon seit langem durchgesetzt. Als Beweis hierfür führt er dann neben positiver Vertragsverletzung auch das Verschulden bei Vertragsschluß an (s. auch Dölle DJZ. 1934, 1019).

306) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 14, 15, 71 u. a.

mögens[307]). Der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß ein solch weites Anwendungsgebiet zu geben, muß aber, wie oben schon eingehend ausgeführt wurde[308]), abgelehnt werden. Wenn Dölle zur Begründung dieser oben wiedergegebenen Ansicht anführt, das beruhe nicht auf stillschweigendem Vertragsschluß; diese Fiktion habe man nicht nötig; die Pflicht erwachse aus dem rechtlichen Imperativ, daß man alles das tun solle, was von einem anständigen und rücksichtsvollen Menschen erwartet werden darf, so übersieht er, daß das Bürgerliche Gesetzbuch mit all seinen Vorschriften auch heute noch in Kraft ist. Würde man der Ansicht Dölles folgen, so würden die Vorschriften der unerlaubten Handlung völlig illusorisch geworden sein. Mit Recht führt Freisler[309]) an, daß sogar Gesetze, die mit dem Geiste des nationalsozialistischen Staates nicht vereinbar sind, angewendet werden müssen. Ein entgegengesetztes Handeln wäre im nationalsozialistischen Staate niemals heimatberechtigt. Deshalb müssen Gesetze, die der Staat geschaffen oder übernommen hat, einschließlich des in fester Gewohnheit zu Recht gewordenen Brauchs die Grundlage der Urteilsfindung sein. Hieraus ergibt sich, daß der Umfang der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß auch im Geiste des nationalsozialistischen Staates durch noch bestehende Gesetze begrenzt wird. Aber auch die Rechtssicherheit fordert eine Einschränkung des Umfangs der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß. Im Gegensatz zu Dölle muß daher betont werden[310]), daß die Grenzen für eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nicht schwer zu ziehen sind.

III. Besondere Probleme.

Im zweiten Teil der Arbeit wurden bisher die sich aus der Entwicklung der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß ergebenden Grundlinien gezeigt. Auf die sich hieraus ergebenden Einzelprobleme ist nunmehr einzugehen. Auch diese haben sich im Laufe der Zeit fortentwickelt. Im Interesse der Klarheit sollen sie sowohl in ihrer Entwicklung als auch in ihrer heutigen Ausprägung erst an dieser Stelle zusammengefaßt werden.

1. Das zu vertretende Verhalten.

a) § 276 als grundsätzlicher Haftungsmaßstab.

Das bei dem Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen zu vertretende Verhalten ist grundsätzlich nach § 276 BGB. zu bemessen[311]). Das ist nach der Klarstellung der rechtsgeschäftlichen Natur der sich aus ihm ergebenden Pflichten nur folgerichtig.

Nur Kuhlenbeck[312]) hat versucht, aus den §§ 122, 179, 307 BGB. ein allgemeines Prinzip herzuleiten, „daß in allen Fällen, in denen eine

307) s. auch Dölle, DJZ. 1934, 1018.

308) Siehe oben S. 66 ff.

309) DJ. 1933, 695.

310) DJZ. 1934, 1018.

311) Steinberg a. a. O. S. 95; Berger a. a. O. S. 29; Hildebrandt a. a. O. S. 138; Stoll LZ. 1923, 545.

312) Kuhlenbeck DJZ. 1905, 1142; BankA. 5, 285 ff.

Erklärung nichtig ist, der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse (Vertrauensinteresse) erlangt, es sei denn, daß er die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte". Weiterhin betont er: „Wenn aber irgendein Prinzip der analogen Ausdehnung fähig ist, so ist es . . . dasjenige, des Vertrauensinteresses, welches in den §§ 122, 179, 307 BGB. nur fragmentarisch seinen gesetzgeberischen Ausdruck gefunden hat". Zu diesem Ergebnis gelangt Kuhlenbeck durch folgenden Fall: Ein Pfarrer bestellte brieflich an einem Sonnabendvormittag bei einem Schneider einen Talar. Am Nachmittag bekam er einen Schlaganfall, am dem er am nächsten Morgen starb. Der Schneidermeister fertigte den Talar an und sandte ihn an die Adresse des inzwischen Verstorbenen ab. Der Vormund der einzigen Erbin sandte den Talar zurück, da er wegen des Todes des Pfarrers nicht mehr gebraucht wurde. Fest steht, daß der Schneidermeister den Brief am Sonntagmorgen um 7 Uhr erhalten und sofort gelesen hat, daß der Pfarrer am gleichen Morgen um 9 Uhr gestorben ist, daß der Schneidermeister erst am Montagmorgen den Brief seinem Zuschneider mit dem Auftrage übergeben hat, die Arbeit zu beginnen. Kuhlenbeck will hier die Erbin in Analogie zu § 122 zum Ersatze des Vertrauensinteresses verbunden seinen lassen[313]). Für eine Gruppe von Fällen der culpa in contrahendo hat Kuhlenbeck damit das Verschuldensprinzip verneint und eine Verursachungshaftung angenommen. Die gesamte Lehre hat diese Ansicht abgelehnt[314]), Kleins Ausführungen hierzu sind überzeugend. Das Prinzip, auf dem die Schadensersatzpflicht in Höhe des negativen Interesses beruht, ist in den durch §§ 122, 179, 307 BGB. geregelten Fällen keineswegs dasselbe. So setzt § 307 BGB. Verschulden voraus, nicht aber die anderen Bestimmungen. Hieraus ergibt sich, daß man aus den in sich verschiedenen Vorschriften keinen einheitlichen Grundsatz von solcher Tragweite herleiten kann. Nach Kuhlenbecks Ansicht müßte auch ein Geisteskranker, dessen Erkrankung noch nicht erkannt ist und vom Erklärungsempfänger nicht entdeckt werden konnte, dem auf die Gültigkeit der Erklärungen vertrauenden Erklärungsempfänger das negative Interesse ersetzen. Dies Ergebnis aus dem Gesetz zu rechtfertigen, ist unmöglich. Man kann es de lege lata bedauern: Kuhlenbecks Ansicht ist jedoch mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vereinbar.

Auch vom Standpunkt der dogmatischen Klarheit ist Kuhlenbecks Ansicht zu bekämpfen. Wünschenswert ist es für die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß, alle und nicht nur einige Fälle einheitlich zu behandeln, vorausgesetzt, daß dem nicht besondere Gründe entgegenstehen. Der gemeinsame Grundgedanke für alle Fälle, d. h. also für gültige, nichtige und nicht zustandegekommene Verträge ist aber: Sonderverbindungen geht derjenige ein, der mit einem andern in rechtgeschäftliche Beziehungen tritt. Diese sind vertragsähnlicher Natur. Mithin wird wie bei Rechtsgeschäften nur für Verschulden gehaftet, oder, anders ausgedrückt, die Parteien haften wie in § 276 der Schuldner.

313) Ob man in diesem Falle Kuhlenbecks Ansicht im Ergebnis folgen soll, weil der Offerent vor der Annahme des Antrags stirbt und für diesen Fall der Wille des Antragenden dem Zustandekommen des Vertrages erkennbar entgegensteht (§ 153 BGB.), ist zweifelhaft. Kuhlenbecks Ansicht wird von Titze zugestimmt (Hdw. d.RW. VI, 523). Wenn man auch in diesem Falle dem Ergebnis zustimmen mag, so ist dennoch auf jeden Fall ein umfassendes Prinzip abzulehnen.

314) Hildebrandt a. a. O. S. 94; Stoll a. a. O. S. 545; Klein DJZ. 06, 596; Klein, SeuffBl. 72, 140 ff.; Planck 1913 Bd. I § 122 Anm. 9.

Der hier vertretenen Ansicht widerspricht es jedoch nicht, in bestimmten Fällen §§ 122, 179 BGB. analog anzuwenden. Das Reichsgericht[315]) erklärt daher in einer Entscheidung mit Recht: § 54 BGB. mache denjenigen persönlich haftbar, der im Namen eines nicht rechtsfähigen Vereins einem Dritten gegenüber ein Rechtsgeschäft vornehme; ferner § 200 HGB. denjenigen, der für eine Aktiengesellschaft vor ihrer Eintragung in das Handelsregister handele; dasselbe bestimme § 11 GmbHG. für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor deren Eintragung. Bei Berücksichtigung dieser Vorschriften erscheine auch der § 179 BGB. nicht als eine vereinzelte Vorschrift, die auf den darin geregelten Fall zu beschränken wäre, sondern als Ausfluß eines allgemeinen, in dem inneren Zusammenhang der Einzelvorschriften des Gesetzes begründeten Rechtsgedankens. RG. 104, 265 beruht auf einer Analogie zu § 122 BGB. Die Frage der Möglichkeit einer Verursachungshaftung soll im Gegensatz zu Berger[316]) offengelassen werden. Das Reichsgericht beruft sich später aber nicht mehr auf die entsprechende Anwendung von §§ 122, 179 BGB., sondern auf das Prinzip der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß schlechthin; deshalb wurde auch stets Verschulden gefordert.

Eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß tritt meist auch dann nicht ein, wenn der Vertrag wegen Trunkenheit einer Partei nichtig ist. War die Partei schon zu Beginn des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen betrunken, so kann sie sich ebensowenig verpflichten, wie ein Geschäftsunfähiger sich durch die Rechtshandlung der Vertragsanbahnung rechtsgeschäftlich verpflichten kann[317]).

In diesen Fällen, in denen eine rechtsgeschäftliche Pflicht des Verletzenden nicht entstehen kann, braucht auf die Frage des Verschuldens nicht mehr eingegangen zu werden. Anders ist es dagegen, wenn die Partei sich während der Vertragsverhandlungen betrinkt und der Vertragsabschluß infolge der nunmehr eingetretenen Trunkenheit nichtig ist. Da hier von vornherein Pflichten bestanden, ist die Frage des Verschuldens zu prüfen. Die Lösung ergibt sich aus § 276 i. Verb. m. § 827 BGB. Hiernach kommt es darauf an, ob die Partei verschuldet oder unverschuldet in die Trunkenheit gekommen war.

b) Einschränkungen und Erweiterungen.

Für das nach § 276 BGB. zu vertretende Verschulden wird aber im allgemeinen nur insoweit gehaftet, als nicht in andern Gesetzesbestimmungen der Verschuldensmaßstab geringer ist. So legen die §§ 521, 599, 708 BGB. für die Vertragserfüllung Haftungsbeschränkungen in verschiedenem Umfange fest. Zu prüfen wäre daher, ob nicht für die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß die gleichen Bestimmungen zur Anwendung kommen, sei es, daß der Vertrag gültig abgeschlossen wird oder nicht[318]). Diese Frage, ob und inwieweit das bei Vertragsschluß zu vertretende Verschulden sich nach den Vorschriften des bezweckten Vertrages richtet, wurde in der Literatur zuerst im Anschluß an § 307 BGB. beantwortet und zwar ablehnend,

315) RG. 106, 68.
316) a. a. O. S. 28.
317) Vgl. oben S. 65 und § 105 BGB.
318) Das gleiche Problem spielt auch bei dem Falle der nichtigen Verträge wegen anfänglich objektiver Unmöglichkeit der Leistung eine Rolle — § 307 BGB. — (Staudinger 1930 Bd. II § 307 I 2; Oertmann 1928 § 307, 2).

da die culpa in contrahendo einen abstrakten Charakter habe und sich nicht, wie Jhering[319]) für das gemeine Recht annahm, nach der Natur des abzuschließenden Geschäfts richte[320]). Allmählich drang dann die Auffassung durch, daß bei Abschluß des Vertrages keine größere Sorgfalt zu vertreten sei als bei der Erfüllung, da man die wesenhafte Verwandtschaft der vorvertraglichen mit den vertraglichen Ansprüchen erkannte[321]). Enneccerus[322]) führt sogar an, daß das Gesetz schwerlich beim Vertragsschluß einen höheren Grad der Sorgfalt fordern wolle, als nach abgeschlossenem Vertrage. Nachdem heute das Wesen der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß erkannt worden ist, wird ganz allgemein eine Haftungsbeschränkung für das Verschulden beim Vertragsschluß angenommen[323]).

Folgende Möglichkeit ist nun aber denkbar. Während einer Zeit der Vertragsverhandlungen steht der Vertragstyp noch nicht fest. Im Einzelfall könnte es hier zu einem unbilligen Ergebnis führen, wenn man den Haftungsmaßstab nach der Ansicht des Haftenden über den abzuschließenden Vertrag beurteilen würde. Nehmen wir z. B. an: A will dem B ein Gemälde schenken. B denkt aber, der A will ihm ein Gemälde verkaufen. Wenn nun Vertragsverhandlungen schweben, wäre also zu fragen: Soll derjenige, der einen Schenkungsvertrag im Auge hat, nur beschränkt haften, der andere aber, der kaufen will, für Vorsatz und Fahrlässigkeit einstehen? Das befriedigende Ergebnis kann nur lauten, daß der Haftungsmaßstab des § 276 BGB. solange gilt, bis auf beiden Seiten Klarheit darüber besteht, welcher Vertragstyp von den Parteien gemeint ist[324]).

Es fragt sich jetzt nur noch, ob die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß in Einzelfällen, wie denen der §§ 523 I, 524 I und 600 BGB. über die §§ 521, 599 BGB. hinaus noch weiter eingeschränkt wird, so daß nur bei arglistigem Verschweigen gehaftet werden würde. Nach Ansicht von Steinberg[325]), der hier beigetreten werden soll, erscheint es unrichtig, wenn die herrschende Lehre die §§ 521, 599 BGB. analog auf die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß anwendet. Nach Ansicht des Gesetzes sollen nämlich bei Schenkung und Leihe beim Abschluß des Vertrages noch geringere Anforderungen an die Sorgfalt der Parteien gestellt werden als bei der Erfüllung. Danach wird bei der culpa in contrahendo der Schenkung oder Leihe nur für arglistiges Verhalten gehaftet[326]).

Die in §§ 521 und 599 BGB. niedergelegten Vorschriften behalten trotzdem für die Lehre der culpa in contrahendo ihre Bedeutung. Eine Beschränkung der Haftung auf arglistiges Verhalten kann nur dann eintreten, wenn das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten sich auf die geschenkte oder verliehene Sache selbst bezieht, nicht aber, wenn bei Gelegenheit der Verhandlungen eine Person verletzt wird.

319) JherJ. 4, 52.

320) Kleineidam, Unmöglichkeit u. Unvermögen, Jena 1900, S. 38; Schollmeyer 1900 § 307, 3; Windscheid-Kipp 1906 Bd. II § 315, 2 b; Planck 3. Aufl. 1907 § 307, 1 führt an, daß der Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, der auch hier anzuwenden sei, häufig dazu führen werde, von demjenigen, welcher schenkweise eine Leistung verspreche, einen geringeren Grad von Sorgfalt zu erfordern, als von demjenigen, der eine Leistung gegen Entgelt verspreche.

321) Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 226; Ebert (Fischer-Henle) § 521 Nr. 3.

322) Lehrb. 1923 Bd. I 2 § 253, 3 a.

323) Titze Hdw. d. RW. VI, 520; Planck-Siber Vorb. zu § 275, I 4 e; Heldrich a. a. O. S. 55; Leonhard, Verschulden S. 65.

324) Ebenso Raiser a. a. O. S. 23; a. A.: Hildebrandt a. a. O. S. 139.

325) a. a. O. S. 105.

326) Ebenso Berger a. a. O. S. 30.

Denn hier ist die rechtsgeschäftliche Haftung nicht auf ein vorbereitendes Rechtsverhältnis, sondern auf einen stillschweigend abgeschlossenen Vertrag zu stützen[327]). Da die Parteien sich in diesen Fällen nicht ausdrücklich geeinigt haben (Oertmanns konstruktive Willensergänzung), ist der für diesen Vertrag maßgebende Haftungsmaßstab mit Hilfe des § 157 BGB. zu bestimmen[328]). Bei der Auslegung nach Treu und Glauben kommt man dann zu dem in den §§ 521, 599 BGB. angeordneten Haftungsmaßstab. Zu diesem Ergebnis kommt man also, da es sich hier nicht um die Verletzung von Anzeigepflichten, sondern um die Verletzung von der Erhaltungspflicht an der fremden Person und ihrem Vermögen handelt[329]) [330]).

Weiterhin wäre noch zu prüfen, ob für Zufall[331]) auch während der Vertragsverhandlungen gehaftet wird, wenn eine solche Haftung nach Vertragsschluß eintritt (§§ 701, 702 BGB., 456 HGB., 6 ff Post-Ges.). Eine derartige Analogie ist nicht möglich, da die genannten Gesetzesbestimmungen eine besondere Grundlage haben. Außerdem bezeichnen die Vorschriften nicht umsonst den genauen Zeitpunkt, von dem an die schärfere Haftung eintritt. Nach einer Ansicht setzt § 701 BGB. nicht einmal einen gültig abgeschlossenen Vertrag voraus[332]). Das würde dazu führen, daß die strengere Haftung aus § 701 BGB. auch bei Geschäftsunfähigkeit des Gastes oder des Gastwirts eintreten würde, obwohl für den letzten aus dem nichtigen Vertrage keinerlei Rechte erwachsen. Selbst wenn man sich dieser Ansicht anschließt, können nach dem oben Ausgeführten[333]) doch keinesfalls vorvertragliche Pflichten des geschäftsunfähigen Gastwirts entstehen. Wegen aller dieser Besonderheiten ist es berechtigt, die aufgeworfene Frage zu verneinen.

c) Haftung für Erfüllungsgehilfen.

Das zu vertretende Verhalten wurde bisher nur geprüft, wenn die Beteiligten selber handelten. Wie ist aber die Rechtslage, wenn einer der Beteiligten sich bei der Vertragsverhandlung und beim Abschluß des Vertrages eines Vertreters bedient[334]) und der Vertreter dem Verhandlungsgegner bei den Vertragsverhandlungen oder beim Abschluß des Geschäfts vorsätzlich oder fahrlässig Schaden zugefügt hat? Die Entwicklung dieser Frage ist nicht völlig parallel zu der Entwicklung der Lehre von der culpa in contrahendo verlaufen.

Das Reichsgericht meint in dem Bd. 61 S. 207 ff. veröffentlichten Urteil zwar: „Es kann nicht verkannt werden, daß die vor Einführung

327) Siehe oben S. 68.

328) So auch Planck-Siber vor § 275, I 4 e.

329) Nach der herrschenden Lehre wird angenommen, daß der unentgeltliche Verwahrer beim Vertragsschluß culpa in concreto zu vertreten habe.

330) Nach Lange (Vom alten zum neuen Schuldrecht S. 81) muß das neue Recht mit derart überfeinerten Abstufungen der Haftungsmaßstäbe brechen und die Sorgfaltspflicht allgemein ausgestalten. Es muß jedermann verpflichten, im Verkehr mit anderen auf diese und die Gemeinschaft billige Rücksicht zu nehmen. Der Wertung des Einzelfalles kann es überlassen bleiben, das Maß der erforderlichen Sorgfalt zu bestimmen.

331) Unter Zufall ist zu verstehen nicht nur ein Naturereignis, sondern auch jeder Umstand, der im Verhältnis zum Gläubiger vom Schuldner nicht verschuldet ist.

332) Oertmann Vorb. 2 zu § 701 und Vorb. 3 c zu § 701; RGRKomm. Vorb. 2 zu § 701.

333) Siehe oben S. 68.

334) Nicht untersucht wird die Frage, wann der Vertreter in contrahendo eine unerlaubte Handlung begeht. In diesem Falle haftet er selbst; der Vertretene gemäß § 831 BGB. Auch wird der Fall nicht geprüft, in dem der Vertretene einen ihm als Betrüger bekannten Menschen zu Vertragsverhandlungen ausschickt. Den eintretenden Schaden hat der Vertreter selbst schuldhaft verursacht und haftet dafür dem Geschädigten aus eigener culpa in contrahendo.

der neuen Gesetzgebung geltenden Hauptrechte, wenn auch unter mannigfachem Schwanken zuletzt eine fast unbeschränkte Haftung des Vertretenen für alle, auch nur bei Gelegenheit des Vertragsschlusses in Bezug auf diesen vom Vertreter abgegebenen Erklärungen angenommen haben. Insbesondere verlieh auch das alte Handelsgesetzbuch dieser ihm als herrschend erachteten Meinung in den Art. 52; 298 deutlich Ausdruck".

Diese Feststellung ist in dieser Allgemeinheit aber nicht unbedenklich. Riehl[335]) hat nachgewiesen, daß sie lediglich für den Fall zutreffe, daß eine Pflicht arglistig übernommen wird. Von einem allgemeinen Prinzip vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann daher gar nicht gesprochen werden. Wie gezeigt, wurde die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß in der ersten Zeit der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches abgelehnt. Feder[336]) und Riehl[337]) leugnen daher die Möglichkeit, den Vertretenen anders als auf dem Wege über § 831 BGB. haften zu lassen. So sagt Feder: „In der schuldhaften Schädigung, die bei den Vorverhandlungen oder bei dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts begangen wird, liegt nicht eine Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten — denn solche sollen erst begründet werden —, sondern lediglich eine unerlaubte Handlung (§ 823 BGB.)". Dem Reichsgericht, das sich in der oben angeführten Entscheidung zum ersten Male hiermit befaßte, lag folgender Tatbestand zugrunde: Der Kläger verlangt Schadensersatz, weil der Vater und gesetzliche Vertreter des Beklagten dem Kläger eine unrichtige Aufstellung des Ertrages des mit vormundschaftlicher Genehmigung verkauften Grundstücks übergeben hatte. Die Klage wurde vom Reichsgericht abgewiesen. Geprüft wurde in dem Urteil jedoch, ob nicht eine rechtsgeschäftliche Haftung des Vertretenen für Arglist des Vertreters beim Abschluß mit Hilfe der §§ 164, 166 BGB. zu erreichen sei. Diese Rechtskonstruktion wurde zwar abgelehnt, aber die Verquickung der §§ 164, 166 mit § 278 BGB. war für die Entwicklung verhängnisvoll, weil dadurch eine klare Erkenntnis nur erschwert wurde.

Zur Begründung seiner Ansicht führt das Reichsgericht aus: Es müsse nach neuem Rechte jede rechtsgeschäftliche Haftung, ja jede Haftung des vertretenen Verkäufers für arglistige, bei Gelegenheit des Kaufabschlusses geübte Handlung seines Stellvertreters überhaupt verneint werden, soweit nicht Ausnahmefälle für juristische Personen und nach den §§ 123, 166, 463 S. 2, 476, 831 BGB. vorlägen. Bezüglich der §§ 164, 166 BGB. wurde vom Reichsgericht angeführt, nur Willenserklärungen wirkten bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen unmittelbar für und gegen den Vertretenen, nicht aber die sonstigen Angaben (Wissenserklärungen). Auch § 166 spreche nur von Willenserklärungen und Willensmängeln[338]).

Bei dieser Rechtsanschauung ist es lange Zeit geblieben[339]). Dagegen wurde in einer späteren Entscheidung[340]) die Haftung des Ver-

335) Gruch. 60, 909.
336) a. a. O. S. 27.
337) a. a. O. S. 790 ff.
338) s. aber RG. 63, 146, wo aus der Bestellung eines Geschäftsvermittlers die stillschweigende Abmachung der Parteien entnommen wird, daß der Vertretene für Verschulden des Vertreters bei Vertragsschluß, insbesondere für Unterlassung der Mängelanzeige, aufkommen wollte.
339) SeuffA. 69 Nr. 197; DJZ. 1905, 862; JW. 1913, 587; RG. 96, 179.
340) RG. 83, 241.

tretenen für arglistige Zusicherung des Vertreters bei Vertragsschluß auf Grund des § 166 I BGB. anerkannt. Das Reichsgericht betont jetzt, daß der betrüglichen Vorspiegelung einer Eigenschaft das arglistige Verschweigen eines Fehlers gleichzustellen sei (§ 463 S. 2 BGB.). Da der vertragliche Anspruch wegen Verschweigens (§ 463 BGB.) zu begründen sei mit der dadurch verletzten Vertragspflicht, also nicht mit einer unerlaubten Handlung, so ergebe sich hieraus, daß der Vertretene das Geschäft, zu dessen Abschluß er Vollmacht erteilt habe, so hinnehmen müsse, wie es der Vertreter abgeschlossen habe, d. h. mit den dem Geschäft anhaftenden Mängeln. Dies folge aus § 166 I BGB. Auch Staudinger[341]) vertrat die Ansicht, daß bei Eingehung von Verbindlichkeiten ausschließlich die Grundsätze über Stellvertretung (§§ 164, 166 BGB.) maßgebend sein könnten[342]).

Nachdem man aber vorvertragliche Pflichten gefunden hatte, mußte dann — wie jetzt allgemein anerkannt wird — auch § 278 BGB. zur Anwendung kommen[343]) [344]).

Auf die Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB. bei der Frage nach der Haftung des Vertretenen für culpa in contrahendo seines Vertreters ist noch im einzelnen einzugehen. Diese Gesetzesbestimmungen handeln nur von den infolge einer Handlung des Vertreters für und gegen den Vertretenen entstehenden Rechten und Pflichten. Ist aber die vorvertragliche Beziehung zwischen Vertreter und Drittem hergestellt, so ist der Vertreter selbst dann Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB. bezüglich dieser vorvertraglichen Pflichten, wenn er Handlungen vornimmt, zu denen er keine Vertretungsmacht hat (z. B. arglistige Vorspiegelungen), vorausgesetzt, daß die Handlungen des Vertreters in innerem Zusammenhang mit der Vertragsverhandlung stehen. Mit dem Umfang der Vertretungsmacht haben dagegen Erfüllungshandlungen nach § 278 BGB. nichts zu tun, so daß wir zu dem Ergebnis kommen: Die Verkettung der §§ 164, 166 BGB. mit § 278 BGB. war ein großer Fehler.

Nach Ansicht Oertmanns[345]) ist die Haftung für Verschulden des Vertreters beim Vertragsschluß nur insoweit anzuerkennen, als schon durch die Vorverhandlungen ein wirkliches Schuldverhältnis entstanden ist. In diesen Fällen bediene die Partei sich der Abschlußvertreter und Gehilfen zur Erfüllung von bereits entstandenen Verbindlichkeiten. In anderen Fällen bestehe keine Haftung, da es unlogisch erscheine, den Vertretenen einerseits erst aus der Vertreterhandlung verpflichtet werden zu lassen, ihm aber andererseits bereits eine Verantwortlichkeit für das Verhalten des Vertreters bei ihrer Vornahme aufzubürden. Zu dieser Ansicht kommt Oertmann nur, da er auch heute noch nicht das vertragsähnliche Rechtsverhältnis der Vertragshandlung anerkennt.

Die Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1928 S. 1285[346]) geht zunächst von der Anwendbarkeit des § 278 BGB. bei der Lehre vom

341) 7./8. Aufl. vor § 275 V c.
342) Düringer-Hachenberg (1930 vor § 48 Anm. 21) vertritt auch heute noch diese Ansicht.
343) JW. 1915, 240; RGRK. 1934 § 166, 3 b ß; Planck-Siber § 278, 1 a; Staudinger § 278 I 2 a und b; RG. 114, 155.
344) Entschieden abzulehnen ist die Ansicht Fabers (Die Haftung des Vertretenen für das Verschulden des Stellvertreters beim Vertragsschluß, Tübinger Diss. 1926). Nach ihm liegt bei dieser Frage eine Lücke des Gesetzes vor, die im Wege der Interessenabwägung auszufüllen und zwischen den §§ 278 und 831 BGB. liegend der deliktischen Haftung ähnlich sei.
345) § 278 Anm. 3.
346) = RG. 120, 249.

Verschulden beim Vertragsschluß aus. Darüber hinaus wird aber die Frage geprüft, ob der am Vertrage selbst interessierte Vertreter als procurator in rem suam beim Vertragsschluß dem Vertragsgegner unmittelbar und zwar auch für Fahrlässigkeit hafte. Zunächst wird vom Reichsgericht eine Haftung des Vertreters für Vorsatz ganz allgemein bejaht. Seine Haftung für fahrlassiges Handeln erscheint dem Reichsgericht noch zweifelhaft. Für den zu entscheidenden Fall wird die Haftung für fahrlässiges Verhalten aber angenommen, da der Vertreter, der von Anfang an als solcher auftritt, procurator in rem suam sei. Das Reichsgericht betont hier ausdrücklich, nur aus formalen Gründen war er Vertreter, wirtschaftlich gesehen aber Partei.

Zu dieser Entscheidung führt Stoll[347]) in der Anmerkung aus, daß die Haftung des Vertretenen für culpa in contrahendo aus den Regeln der Stellvertretung folge (also wohl doch §§ 164 ff.). Auch Raiser[348]) faßt Stolls Ansicht so auf. Aus dem oben Dargelegten ergibt sich aber, daß dieser Ansicht nicht zugestimmt werden kann. Dagegen weist Stoll mit Recht darauf hin, daß die Ansicht des Reichsgerichts, der Vertreter hafte bei vorsätzlichem Verhalten immer rechtsgeschäftlich, völlig irreführend sei, da nur zwischen dem Geschädigten und dem Vertretenen eine rechtsgeschäftliche Beziehung bestehe. Gemäß § 179 BGB. ist der Vertreter nur verpflichtet, nicht ohne Vertretungsmacht abzuschließen. Verletzt er diese Pflicht, so haftet er auch ohne Verschulden.

Raiser meint dagegen in einer Anmerkung zur gleichen Entscheidung[349]), daß einige Pflichten (z. B. die bei Abgabe der Erklärung zu beobachtende Diligenzpflicht) nicht wie die sämtlichen Haupt- und Nebenpflichten des Erfüllungsstadiums in der Person des Schuldners, sondern lediglich in der Person des Vertreters entstehen. In diesem Falle hafte also der Vertreter rechtsgeschäftlich und zwar auf das Vertrauensinteresse. Weiterhin betont Raiser, daß auch der Vertretene hafte, und zwar sei die Mithaftung des Vertretenen durch das dem § 278 zugrundeliegende Prinzip der Gefährdungshaftung (Gefahrverteilung) geboten. Andere Pflichten (z. B. Anzeige- und Erkundigungspflichten) entständen dagegen nur in der Person des Vertretenen, für sie hafte der Vertreter überhaupt nicht rechtsgeschäftlich, der Vertretene aber nach § 278 BGB.[350]).

Die Ansicht Raisers mit der verschiedenartigen Behandlung der einzelnen vorvertraglichen Pflichten ist abzulehnen. Es ist nicht einzusehen, warum der Gegner sich in dem Falle des Vertragsabschlusses durch einen Vertreter an zwei Personen soll halten dürfen, während im gewöhnlichen Falle des persönlichen Vertragsabschlusses nur der Vertragsgegner haftet[351]). Raisers Auffassung ist also nicht überzeugend, zumal sie nicht auf einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung beruht. Die rechtsgeschäftlichen Beziehungen, die durch den Vertreter angeknüpft werden, verpflichten nur den Vertretenen. Die-

347) JW. 1928, 1285.
348) JW. 1928, 2636.
349) JW. 1928, 2636.
350) Noch viel weiter als Raiser geht Mühlich a. a. O. S. 42. Nach ihm verpflichten die die Willenserklärung begleitenden vor oder nach ihr liegenden, jedenfalls vor dem Vertragsabschluß vorkommenden tatsächlichen Handlungen, Unterlassungen und Wissenserklärungen des Vertreters auch diesen persönlich. Gegen Raisers Ansicht führt er aus, daß es unrichtig wäre, innerhalb der eigenartigen Rechtspflichten nochmals eine Unterscheidung zu treffen.
351) Weiterhin ist von Raiser nicht das Verhältnis, in dem die beiden Haftpflichtigen zueinander stehen, geklärt worden.

ser haftet gemäß § 278 BGB. Auch zur sorgfältigen Formulierung der Willenserklärung ist der Vertretene verpflichtet. Der Vertreter ist auch hinsichtlich dieser Pflicht nur Erfüllungsgehilfe. Die Annahme, daß eine Pflicht, die gerade der Vertreter erfüllen soll, doch in der Person des Vertretenen zur Entstehung gelangt, erscheint längst nicht so künstlich und gewunden, wie die Zweigliederung Raisers.

Abgelehnt wird hiermit auch die oben angeführte Entscheidung des Reichsgerichts. Nur auf wirtschaftliche Erwägungen gründet sich das Ergebnis des Reichsgerichtsurteils, während auf juristisch-dogmatische Klarheit völlig verzichtet wurde. Der in Anspruch genommene Vertreter im technischen Sinne haftet nicht, auch wenn er wirtschaftlich beteiligt ist. Ist dagegen der in Anspruch Genommene Partei, so haftet er wie jede andere Partei[352]).

Die Haftung für Verschulden des Vertreters bei den Vertragsverhandlungen beginnt mit dem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen, also mit einer Rechtshandlung des Vertreters[353]).

d) Mitwirkendes Verschulden.

Die Frage, ob bei der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß auch § 254 BGB. Anwendung findet, wird von der herrschenden Lehre bejaht. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Rechtsempfinden und den Interessen der Verhandlungsbeteiligten[354]). Der Tatbestand des § 254 BGB. paßt auch für den Fall des mitwirkenden Verschuldens bei Vertragsverhandlungen, wenn man überhaupt eine Haftung für culpa in contrahendo anerkennt.

Bedenken gegen die Anwendung des § 254 sind aber berechtigt. Wie gezeigt, haben viele Autoren die Lehre aus einer Analogie zu den §§ 122, 179, 307, 309 BGB. entwickelt. In diesen Bestimmungen findet sich aber eine Abweichung vom Prinzip des § 254 BGB., da schon ein fahrlässiges Nichtkennen des Geschädigten einen Ersatzanspruch völlig ausschließt, selbst wenn Kenntnis des Schädigers vorliegt[355]). Es kann deshalb daran gedacht werden, daß bei der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ganz allgemein dasselbe gelten müsse. Diese Ansicht wird auch von Herholz[356]) vertreten. Nach ihm hat die Culpakompensation nach §§ 122, 307 BGB. stattzufinden und nicht nach § 254 BGB., so daß leichte Fahrlässigkeit des Betroffenen die Haftung des grobfahrlässigen Schädigers ausschließt. Als Beispiel führt Herholz hier an, daß der Ladeninhaber, der den Ladentisch mit einer etwas schwachen Glasscheibe versieht, den Kunden nicht in Anspruch nehmen kann, wenn dieser sich auf die Scheibe so stützt, daß sie zerbricht. Für diese Schärfe der Kompensation spreche, so führt Herholz aus, der Charakter dieses Schuldverhältnisses als loser Be-

352) Auch Stoll JW. 1928, 1285 lehnt die wirtschaftliche Auffassung des Reichsgerichts ab.
353) s. oben S. 70. Wenn Stoll in dem Eintritt in das genannte Rechtsverhältnis ein Rechtsgeschäft erblicken will, so ist das nicht überzeugend. Denn die Entstehung des Schuldverhältnisses ist durch den Eintritt in die Vertragsverhandlungen noch nicht gewollt (vgl. auch Hildebrandt a. a. O. S. 91).
354) RG. 114, 155; JW. 1928, 1285; Oertmann § 254 Anm. 3; Planck vor § 275 I 4; Staudinger § 254 Anm. 2 a; Hildebrandt S. 135 ff.; 303 ff.; Steinberg S. 110 ff.
355) Diese Ansicht wird von fast allen Autoren (so z. B. Planck § 307 Anm. 1; Staudinger § 307 I 2) und der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (RG. 110, 55) vertreten, indem sie sich auf den Wortlaut des Gesetzes beruft. a. A.: Oertmann § 307, 4.
356) a. a. O. S. 318; Krückmann ArchZivPr. 101, 1 ff.; 232 ff.; Dömpke a. a. O. S. 74.
357) RG. 104, 265 ff.
358) Vgl. oben S. 56 ff.

ziehung. Die herrschende Lehre dagegen wendet § 254 BGB. an. Es liegt hierin ein gewisser Widerspruch, der besonders deutlich im Falle des versteckten Dissenses[357]) in Erscheinung tritt. Wie oben schon gezeigt wurde[358]), beruht das Reichsgerichtsurteil (104, 265 ff.) auf einer Analogie zu § 122 BGB. Und doch wird vom Reichsgericht § 254 BGB. angewendet. Gegen diese Inkonsequenz kämpft Manigk an[359]). In der Tat ist die in dem Urteil enthaltene Ansicht auch sehr unklar, wie Raiser[360]) nachweist, der jedoch auf Grund anderer Gedankengänge ebenfalls zu einer Anwendung von § 254 BGB. kommt. Auch wir kommen mit der herrschenden Lehre zur Anwendung des § 254 BGB. Wie gezeigt, beruht die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß nicht bei allen Autoren auf der Analogie zu den erwähnten Gesetzesbestimmungen, sondern auch z. B. auf Lückenausfüllung des Gesetzes nach Treu und Glauben. Für diejenigen, die auf diesem Standpunkt stehen, besteht kein zwingender Grund, § 254 BGB. nicht anzuwenden. Aber auch die anderen, die den Grund der Haftung für culpa in contrahendo in einer Analogie zu den Gesetzesbestimmungen sehen, sind berechtigt, § 254 BGB. anzuwenden, da die Analogien nicht nur auf §§ 122, 307, 309 gestützt werden, sondern auch auf andere Gesetzesvorschriften, die das Problem nicht einheitlich behandeln. Es ist daher nicht einzusehen, warum das, was bei einzelnen Anwendungsfällen auf Grund des Gesetzeswortlauts angenommen wird, für die gesamte Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß soll gelten müssen. Aus allen diesen Gründen und schließlich deshalb, weil § 254 BGB. sich dem Einzelfall besser anpaßt, ist er bei der Lehre von der culpa in contrahendo anzuwenden.

2. Die Höhe des zu ersetzenden Schadens.

Schon Jhering wies darauf hin, daß der Begriff des negativen Interesses mit seiner Lehre im wesentlichen Zusammenhang stehe[361]). Beim negativen Interesse will der Geschädigte den Schaden ersetzt haben, der mit der Errichtung des Geschäfts bzw. mit dem Vertrauen auf dessen Gültigkeit in Kausalzusammenhang steht[362]). Bei nichtigen Verträgen kann überhaupt nur ein solcher in Betracht kommen, da ein Erfüllungsanspruch nicht besteht, ist der Ersatz eines Erfüllungsinteresses undenkbar. Ob jedoch bei gültigen Verträgen auf das Erfüllungsinteresse bei der culpa in contrahendo gehaftet wird, soll jetzt näher untersucht werden.

Nach Leonhards Ansicht[363]) muß der Schuldner für seine Schuld beim Vertragsschluß ebenso wie für seine Schuld bei der Vertragserfüllung, also auf das Erfüllungsinteresse, haften; denn beide Fälle wären „praktisch und theoretisch einander gleich". Auch heute noch vertritt er diese Ansicht „als einen wesentlichen Satz seiner ganzen Lehre"[364]). Auch die Rechtsprechung folgte zunächst seiner Ansicht[365]).

Die Meinung änderte sich aber bald. Für die Feststellung der Höhe des Schadensersatzes wurde § 249 BGB. maßgebend. Ohne das schuld-

359) JherJ. 75, 189 ff.
360) a. a. O. S. 12.
361) Ferner u. a. Windscheid § 307 Anm. 5 u. a.
362) Titze Lehrb. 1932 S. 30.
363) Siehe oben S. 31 ff.
364) Lehrb. S. 544 ff.
365) JW. 1912, 743; RG. 95, 58.

hafte Verhalten, das z. B. in der Nichtanzeige von besonderen Umständen bestehen kann, würde ein Vertrag nicht geschlossen worden sein. Der Geschädigte muß also durch den Schadensersatzanspruch so gestellt werden, als wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Mit anderen Worten: er hat einen Anspruch auf das negative Interesse; denn, wie gezeigt, besteht dieses in dem mit dem Geschäftsabschluß (nicht mit der Erfüllung) im Kausalzusammenhang stehenden Schaden. Hieraus ergibt sich, daß auch bei gültig abgeschlossenen Verträgen ein Anspruch auf das negative Interesse entsteht, also nicht nur bei nichtigen Verträgen denkbar ist. Daß der Umfang des zu ersetzenden Schadens durch § 249 BGB. bestimmt wird und daß der Anspruch regelmäßig auf das Vertrauensinteresse geht, wird heute von Wissenschaft[366]) und Rechtsprechung[367]) allgemein anerkannt[368]).

Wenn im Vorhergehenden geprüft worden ist, ob das positive oder negative Interesse zu ersetzen ist, so bedeutet das noch keine Abkehr von Leonhards Lehre. Auf diesen Gedanken könnte man allerdings kommen, da das negative Interesse gerade in den Fällen gewährt wird, in denen ein gültiger Vertrag nicht zustandegekommen ist[369]), und Leonhard die Lehre vom Verschulden bei Vertragsschluß nur anerkennt, wenn ein Vertrag gültig abgeschlossen worden ist. Diese Erwägung ist aber falsch. Denn auch die Anhänger der Lehre Leonhards geben zum Teil einen Anspruch auf das negative Interesse[367]). Auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 103 S. 47 ff. verlangt zwar noch einen gültigen Vertragsabschluß, war aber trotzdem für die Höhe des zu ersetzenden Schadens grundlegend.

Bisher ist noch nicht darauf eingegangen worden, welcher Anspruch höher ist, der auf das positive oder der auf das negative Interesse gerichtete. Im allgemeinen kann gesagt werden, daß der Vertrauensschaden geringer sein wird als der Erfüllungsschaden. Das zu erstattende Vertrauensinteresse kann aber auch gleich hoch sein wie das Erfüllungsinteresse und sogar darüber hinausgehen. Folgender Fall des Reichsgerichts[371]), der schon behandelt worden ist[372]), zeigt dies deutlich. Durch das schuldhafte Verhalten der einen Partei wird der Zugang der Annahmeerklärung verhindert. Nach den Grundsätzen des § 249 BGB. ist der Absender so zu stellen, als ob er einen vertraglichen Ersatzanspruch hätte, m. a. W. der Schaden ist gleich dem Erfüllungsinteresse des Absenders.

Das negative Interesse kann insbesondere dann höher sein als das positive, wenn der Geschädigte beweisen kann, daß ohne das schuldhafte Verhalten des andern ein für ihn günstigerer Vertrag zustandegekommen wäre[373]). Es ergibt sich hieraus, daß derjenige, der Ansprüche wegen culpa in contrahendo erhebt, grundsätzlich zu beweisen hat, daß das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen ent-

366) v. Tuhr II 1 § 62 Anm. 199; Stoll LZ. 1923 S. 546; Planck-Siber vor § 275 I 4 d; Steinberg 115; Hildebrandt § 15; Staudinger Bd. II 1 vor § 275; ebenso Oertmann Heldrich u. a.

367) So grundsätzlich und ausführlich RG. 103, 47 ff. und alle folgenden Entscheidungen.

368) Den Ausführungen Stolls (1927, 1086) ist völlig zuzustimmen. Der Umfang der Schadensersatzverpflichtung bemesse sich nach dem allgemeinen Grundsatz des § 249 BGB., wodurch der — doch bisweilen mehr terminologische — Streit, ob das sogen. Erfüllungsinteresse oder nur der sogen. Vertrauensschaden zu ersetzen sei, an Bedeutung verliert. Auf die Benennung des Ersatzanspruches kommt es nicht mehr an. a. M.: Dömpke a. a. O. S. 87.

369) §§ 307, 309, 122 BGB.

370) Oertmann LZ. 1914 S. 513 ff.

371) RG. 97, 336.

372) Siehe oben S. 55.

373) RG. 103, 52; 83, 246; Oertmann in JW. 1919, 35.

standen ist, daß der Gegner die sich hieraus ergebenden Verpflichtungen verletzt hat und daß er diese Verletzung zu vertreten hat. § 282 BGB. findet nach herrschender Lehre bei der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß ebensowenig Anwendung wie bei der Lehre von der positiven Vertragsverletzung[374]). Da hier über die Frage der Beweislastverteilung unter den Sondervorschriften, die sich auf culpa in contrahendo beziehen, nur § 694 BGB. Bestimmungen enthält, die auch nur ganz speziell auf den Verwahrungsvertrag zugeschnitten sind, wird im Zweifel deshalb in obigen Fällen ein Anspruch auf die günstigere Stellung nicht begründet sein[375]).

In einigen besonderen Fällen ist dann aber der § 249 BGB. den praktischen Bedürfnissen entsprechend weiter auszulegen. Es handelt sich hier um Tatbestände, bei denen infolge einer schädigenden Handlung oder Unterlassung des einen Teils ein für den andern Teil ungünstiger Vertrag geschlossen wird, ein Vertrag mit günstigeren Bedingungen aber keinesfalls zustandegekommen wäre. Trotzdem muß in diesen Fällen der Geschädigte so gestellt werden, als wenn der Vertrag zu den ihm günstigeren Bedingungen abgeschlossen wäre. Hier wäre es unbillig, vom Kläger den Nachweis zu verlangen, daß der Gegner ohne das schuldhafte Verhalten den Vertrag zu den für ihn ungünstigen Bedingungen geschlossen hätte. Selbst wenn er das nicht getan hätte, muß er eben wegen seines schuldhaften Verhaltens die günstigeren Bedingungen gegen sich gelten lassen[376]).

Die bisherigen Ausführungen behandelten im wesentlichen nur die Höhe des Ersatzanspruches für culpa in contrahendo beim Abschluß gültiger Verträge. Es sei daher noch einiges über die Höhe des Ersatzanspruchs bei einem nicht gültig zustandegekommenen Vertrage gesagt, sei es, daß es zu einem Vertragsschluß überhaupt nicht kommt, sei es, daß der Vertrag nichtig ist oder angefochten wird. § 249 gilt auch hier, er führt zum Ersatz des negativen Interesses, was hier im Wesen des Tatbestandes liegt. Streit herrscht nur darüber, ob in diesen Fällen das negative Interesse durch das Erfüllungsinteresse begrenzt wird. Nach Ansicht Steinbergs[377]) kann der Anspruch auf das negative Interesse dann nicht höher sein als das Erfüllungsinteresse, wenn die zum Ersatz verpflichtende culpa in contrahendo in der Verhinderung des Vertragsschlusses besteht. Aus dem Grundgedanken der §§ 122 I, 179 II, 307, 309 BGB. müsse dies entnommen werden. Würden dagegen sonstige vorvertragliche Pflichten verletzt, ohne daß dies Rechtsgrund des Nichtzustandekommens des Vertrages sei, so erscheine eine Begrenzung durch das Erfüllungsinteresse nicht gerechtfertigt, weil in diesen Fällen die Ersatzpflicht in voller Höhe auch dann bestände, wenn ein Vertrag zustandekäme. In ähnlicher Weise äußert sich auch Berger[378]). Mit Recht führt er aber gegen Steinberg an, daß sich aus den §§ 122 I, 179 II, 307, 309 BGB. ein Prinzip nicht ableiten lasse. Nach ihm fordert die Billigkeit eine Beschränkung des negativen durch das positive Interesse, wenn das schuldhafte Verhalten einen unwirksamen Vertragsschluß zur Folge hat und deshalb eine Schadensersatzpflicht eintritt. Dagegen

374) SeuffA. 63, 358; RG. 78, 435; Oertmann § 282 Anm. 2 u. a.
375) Staub § 347 HGB. Anm. 2 a.
376) Die Beispiele von Titze (HWB. Bd. VI, S. 519) sind treffend. Ihm schließt sich auch Berger a. a. O. S. 32 an.
377) a. a. O. S. 119.
378) a. a. O. S. 31.

lehnt das Reichsgericht in einer neueren Entscheidung[379]) diese Ansicht mit Recht ab. Der Schadensersatzanspruch erschöpfe sich nicht im Erfüllungsinteresse, stehe hier auch nicht neben einem Anspruch auf Erfüllung[380]). Mit Recht wird vom Reichsgericht betont, daß es sich in diesen Fällen verbiete, wegen der völlig anderen Schadensfolge die Übertragung des in den §§ 122, 179, 307 BGB. enthaltenen Rechtsgedankens, der auf die Fälle abgestellt sei, bei denen der Schaden lediglich in der Nichterfüllung einer unwirksam gewordenen oder gebliebenen Verpflichtungserklärung bestehe[381]).

3. Haftung für culpa in contrahendo und Gewährleistungsansprüche.

Darüber, ob die Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluß durch die Sachmängelvorschriften ausgeschlossen sind, herrscht in Schrifttum und Rechtsprechung Streit[382]). Zur Beantwortung dieser Frage an dieser Stelle ist nur zu prüfen, ob es bei Sachmängeln bei der Regelung durch das Gesetz verbleibt, oder aber ob neben die gesetzliche Haftung noch eine solche wegen culpa in contrahendo treten kann[383]). Die Sachmängelhaftung ist nicht nur beim Kauf, sondern auch bei der Schenkung, Miete, Leihe, Werkvertrag und Verwahrungsvertrag geregelt. Die hier aufgeworfene Frage wird jedoch in der Literatur fast nur beim Kauf geprüft. Nach Ansicht von Titze[384]) und Eccius[385]) sind die dem Käufer, z. B. wegen fahrlässiger Beschädigung der Ware, zustehenden Ansprüche vom Bürgerlichen Gesetzbuch in dem von der Mängelgewähr handelnden Abschnitt (§§ 459—493 BGB.) erschöpfend geregelt. Ihr Ergebnis ist also, daß Rechte, die dem Käufer hier nicht ausdrücklich zugesprochen sind, auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden können. Daher ist ein Schadensersatzanspruch nur gemäß § 463 S. 2 BGB. gegeben, sonst aber Wandlung, Minderung oder Lieferung einer mangelfreien Sache[386]). Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsschluß und die Wandlung oder Minderung schließen nach Leonhard[387]) einander aus (§§ 463, 538, 635 BGB.). Die überwiegende Anzahl der Schriftsteller erkennt aber uneingeschränkt eine Haftung für culpa in contrahendo neben den Gewährleistungsansprüchen beim Kauf an[388]). Ihre Begründung folgt stets aus § 463 BGB. Dieser Paragraph sei insofern eine Verschärfung, als der Verkäufer bei arglistigem Verschweigen schlechthin zur Leistung des vollen Nichterfüllungsschadens

379) RG. 151, 357 ff.

380) Das Reichsgericht bringt in diesem Zusammenhang auch den Linoleumfall. Hieraus ist zu ersehen, daß eine Begrenzung der culpa in contrahendo nicht anerkannt wird.

381) Ebenso auch Hildebrandt a. a. O. S. 244. Nicht richtig ist es dagegen, sich auf das heutige Rechtsbewußtsein zu berufen.

382) s. hierzu Plum in JW. 1935, 1328.

383) Unverständlich erscheint es, warum Steinberg diese Frage beim Kauf anders behandeln will als bei den übrigen Vertragstypen (vgl. Steinberg a. a. O. S. 103 und S. 120).

384) Unmöglichkeit S. 277.

385) Gruch. 43, 306.

386) Ebenso Düringer-Hachburg V 1 S. 211. Es sei festzuhalten daran, daß eine Haftung wegen der culpa in contrahendo insoweit nicht statthaben kann, als das Verschulden sich auf Mängel der Kaufsache beziehe. Siehe RG. 135, 346; SeuffA. 78, 15 Nr. 7; Staub § 345 Anm. 2 a.

387) Verschulden a. a. O.

388) Siber, Schuldrecht S. 238; Heck S. 289; Hedemann S. 234; Steinberg S. 120 mit Beschränkung auf das Erfüllungsinteresse; Enneccerus-Lehmann S. 405.

389) Aus den gleichen Gründen kann neben der Sachmängelhaftung beim Viehkauf auch eine Haftung aus culpa in contrahendo nicht Platz greifen. Heuß „Deutsches Recht" 1933, 221 ist dahin zuzustimmen, daß die gesetzliche Regelung dem Rechtsempfinden nicht entspreche. Aber die culpa in contrahendo kann deshalb doch nicht angewendet werden, da § 463 BGB. die Anwendung verbietet.

verpflichtet wird, während er bei fahrlässiger Verschweigung eines bekannten Mangels nach allgemeinen Grundsätzen nur auf den Vertrauensschaden haften würde. Man kann nur der Ansicht folgen, die die culpa in contrahendo neben dem im Gesetz geregelten Schadensersatzanspruch gemäß § 463 BGB. verneint; denn diese Vorschrift enthält eine ausschließliche Regelung der culpa in contrahendo beim Kauf. Sofern § 463 BGB. dagegen nicht vorliegt, sind die andern Gewährschaftsansprüche wie z. B. Wandlung, Minderung gegeben, nie aber ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß. Zu diesem Ergebnis muß man gelangen, weil der Gesetzgeber alle nur irgendwie denkbaren Fälle der Fehlerhaftigkeit von Kaufsachen geregelt hat. Mit Recht führt auch Berger gegen die von Siber u. a. vertretene Ansicht an: es müsse außer Acht bleiben, daß die Lehre von der culpa in contrahendo einen Ersatzanspruch auf das negative Interesse zubillige, da der Gesetzgeber an solch einer Regelung des Ersatzanspruchs noch gar nicht denken konnte[389]) [390]).

Auch für die Sachmängel bei der Schenkung gilt nichts anderes. Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, d. h. also das Vertrauensinteresse zu erstatten (§ 524 I BGB.): ein Fall des Verschuldens bei Vertragsschluß. Neben diesem vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fall der culpa in contrahendo sind weitere Ansprüche aus Verschulden beim Vertragsschluß für Sachmängel bei der Schenkung nicht gegeben. Mithin wird auch nicht für grobfahrlässiges Verschweigen von Sachmängeln gehaftet.

Dasselbe, was bei der Schenkung gesagt worden ist, hat auch zu gelten, wenn der Verleiher einen Fehler der verliehenen Sache verschweigt. Auch hier wird nur auf das Vertrauensinteresse gehaftet, nicht daneben noch aus culpa in contrahendo.

Nicht anders ist es bei der Miete (§§ 538, 537 BGB.), beim Werkvertrag (§ 635, 651 BGB.) und beim Verwahrungsvertrag (§ 694 BGB.).

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß auf Grund der ausschließlichen Regelung der Sachmängelhaftung im Gesetz eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ausgeschlossen ist, wenn diese Gewährleistungsvorschriften Anwendung finden. Hieraus ergibt sich dann aber auch, daß eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß dann eintreten kann[391]), wenn das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen sich nicht auf Sachmängel bezieht. Folgende Fälle mögen dies zeigen:

1. Eine Siedlungsgesellschaft verkauft dem A ein baureifes Grundstück. Das Grundstück ist aber sumpfig, so daß A höchstens eine Laube darauf bauen kann. In diesem Falle kann A nur gemäß § 462 BGB, wandeln oder mindern. Ein Schadensersatz aus culpa in contrahendo ist nicht gegeben.

2. Die Siedlungsgesellschaft verkauft A ein baureifes Grundstück. Während der Vertragsverhandlungen wird dem A gesagt, daß in der Nähe seines Grundstücks eine Badeanstalt errichtet werden würde. A., der hierauf vertraut, läßt in seinem Hause deshalb eine Bade-

390) JW. 1934, 2906; RG. 135, 339; SeuffA. 78, 15; JurRdsch. 1930, 37; DJZ. 1931, 1516; RG. 129, 280; JurRdsch. 1928, 1575.

391) Sofern es sich dann z. B. nicht auch noch um Erfüllungsverschulden handelt.

wanne nicht aufstellen. Die Badeanstalt wird nacher nicht errichtet, so daß A gezwungen ist, nachträglich eine Badewanne unter erheblichem Kostenaufwand aufzustellen. Gewährleistungsansprüche sind nicht gegeben; eine Haftung für culpa in contrahendo tritt ein, da das Verschulden bei Vertragsschluß sich nicht auf die gekaufte Sache bezieht.

4. Verjährung.

Die kurze Verjährung des § 852 BGB. kommt bei der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß auf keinen Fall in Betracht, da die Schadensersatzansprüche vertraglicher und nicht deliktischer Natur sind. In der Literatur ist dies unbestritten. Das gilt auch für den gesetzlich geregelten Fall des § 307, der unzweifelhaft auf culpa in contrahendo beruht[392]). Der Anspruch verjährt daher gemäß allgemeinen Grundsätzen (§§ 195 ff. BGB.), d. h. in 30 Jahren von Entstehung des Schadensersatzanspruches an (§§ 195, 198 BGB.).

Eine kürzere Verjährungsfrist als die 30jährige kann aber unter Umständen dennoch eintreten, so z. B. die zweijährige Verjährungsfrist des § 196 BGB. Die entsprechende Anwendung des § 196 BGB. ist immer dann gegeben — auch wenn es zu einem Vertrage nicht gekommen ist —, wenn und soweit die rechtspolitischen Gründe der Ausnahmebestimmung auch auf den Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß zutreffen[393]).

Weiterhin verjähren die Ansprüche des Käufers oder Bestellers entsprechend den §§ 477, 638 BGB. nicht erst nach 30 Jahren[394]), aber nur dann nicht, wenn das Verschulden einen Sach- oder Werkmangel oder das Fehlen einer (fahrlässig) vorgespiegelten Eigenschaft zum Gegenstand hätte[395]). Der Sinn dieser Bestimmungen liegt darin, daß Mängel nach längerer Zeit schwer feststellbar sind und längere Verjährungsfristen daher ein großes Verkehrshindernis bedeuten würden[396]). Auch bei dem Anspruch aus culpa in contrahendo ist die Feststellung des Mangels die Grundlage der Haftung, so daß auch hier die ratio der §§ 477, 638 BGB. zutrifft. Eine Analogie der §§ 477, 638 BGB. kommt selbstverständlich nicht in Betracht, soweit die Gewährleistungsansprüche gelten.

---

392) Oertmann § 307 Anm. 8; Titze, Unmöglichkeit S. 229.

393) RGRK. § 196, I; RG. 61, 391 ff.

394) RG. 129, 282; Steinberg a. a. O. S. 126; Leonhard Verschulden S. 67; Schönwald a. a. O. S. 54.

395) Nach dem oben Gesagten (vgl. S. 85) kann es sich hier naturgemäß nur um solche Fälle handeln, in denen ein Vertrag nicht zustandegekommen ist.

396) Mot. II 238, 240; vgl. auch Staudinger § 477 I und 638 I.

Dritter Teil.

Die Lehre vom Verschulden bei Vertragsverhandlungen im künftigen Recht.

Die Entwicklung der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß hat nicht nur das langsame Entstehen einer Begriffsbestimmung, sondern auch die gegenseitige Beeinflussung von Wissenschaft und Praxis bei der gemeinsamen Arbeit an einer außerordentlich wichtigen Rechtsfigur gezeigt. Beide Teile haben die ihnen in unserem Rechtsleben zugewiesenen Funktionen erfüllt. Die Rechtsprechung hat ein praktisches brauchbares Recht geschaffen, die Wissenschaft hat es dogmatisch begründet und erklärt. Einzelne Streitfragen werden jedoch noch weiter bestehen, solange der Gesetzgeber die Lehre nicht normiert hat. Diese Normierung wird und muß kommen; denn der nationalsozialistische Staat kann und will nicht das Gesetz über Bord werfen, um alles einem dunklen und schwankenden und ungeschriebenen Billigkeitsempfinden zu überlassen[397]). Nur dadurch wird auch eine scharfe Abgrenzung von anderen Rechtsgebilden erreicht und Rechtsunsicherheit vermieden.

Aufgabe kann es hier nicht sein, den genauen Gesetzeswortlaut zu entwerfen, vielmehr kann hier nur darauf hingewiesen werden, wie die Lehre vom Gesetzgeber geregelt werden könnte.

Bei den im heutigen Staate zwischen Parteien geführten Vertragsverhandlungen und geschlossenen Verträgen unterscheidet sich die nationalsozialistische Rechtsanschauung grundsätzlich von der liberalistischen durch die Beurteilung der Frage der Stellung der Vertragspartner. Hiernach stehen sich die Beteiligten nicht mehr als Vertragsgegner, sondern verbunden als Vertragsgenossen gegenüber[398]), die in gemeinsamem Zusammenwirken das gemeinschaftlich gesetzte Ziel verwirklichen wollen. Mit Recht wird von Lange[399]) hieraus gefolgert, daß die Gegnerstellung von Unrecht und Vertrag verschwindet, je mehr der Pflicht- und Gemeinschaftsgedanke die Einzelnen verbindet. Es wurzelt die Pflicht zur Rücksichtnahme nicht in der gewollten Selbstunterwerfung einem bestimmten anderen gegenüber, sie entstammt vielmehr bereits der Unterworfenheit unter die Gemeinschaft und besteht allen gegenüber auch ohne Sonderverbindung. Aus diesem Grunde wird der Gesetzgeber die Lehre vom Verschulden beim Ver-

397) Deutscher Juristentag 1933 S. 186.

398) Lange, Liberalismus S. 16.

399) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht S. 79.

tragsschluß wohl nicht in einem gesetzlichen Sondertatbestand[400]) zusammenfassen, der den aus dem Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen erwachsenden Pflichten Rechnung trägt, sondern die Deliktshaftung so weit ausbauen, daß auch eine Verletzung anderer als der bisher bei den unerlaubten Handlungen erwähnten Rechtsgüter haftbar macht[401]) [402]) [403]).

Daran, daß der nationalsozialistische Gesetzgeber dem Gemeinschaftsgedanken Rechnung tragen wird, kann kein Zweifel bestehen; denn einer der heiligsten Grundsätze unseres nationalsozialistischen Staates ist der Satz: „Gemeinnutz vor Eigennutz", der in Punkt 24 des Programms der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei vom 24. Februar 1920 festgelegt worden ist und mit dem ganzen Parteiprogramm unabänderlich ist[404]). Dieser Gedanke wird auch in künftigen Gesetzen und besonders im Schuldrecht seinen Niederschlag finden, wie er schon im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit zum Ausdruck gekommen ist. Hier stehen sich nämlich nicht mehr Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Arbeitgeberverbände und Arbeitnehmerverbände in stetigem Kampf gegenüber, vielmehr ist der Betriebsführer mit der Gefolgschaft zu einer Einheit verschweißt und organisches Glied derselben geworden.

Wenn auf diesem Wege fortgeschritten wird, kann die Zeit nicht mehr fern sein, wo der nationalsozialistische Pflicht- und Gemeinschaftsgedanke endgültig den Sieg über den übersteigerten Individualismus und Materialismus des liberalistischen Zeitalters davongetragen hat, wo die Vertragsgenossen nicht mehr zu einer Summe von Eigennutz, sondern zu einer Einheit von Gemeinnutz zusammengeführt werden. Erst dann ist auch dem Punkt 19 des Parteiprogramms völlig Rechnung getragen, der Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht fordert, und gleichzeitig der im Laufe der aufgezeigten Entwicklung herausgebildete Haftungsgedanke voll und ganz zur Geltung gebracht. Bei einer Regelung in der hier vorgeschlagenen Weise wird kein Unterschied mehr zwischen Vertrag und Unrecht bestehen. Die Haftung ist dann die gleiche, wenn z. B. A den B körperlich verletzt und wenn er ihm bei einer Vertragsverhandlung einen Vermögensschaden zufügt.

Nur eine Änderung des § 823 BGB. durch den Gesetzgeber würde aber nicht genügen, um zu sagen, die Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß sei umfassend gesetzlich geregelt.

Wenn auch ein großer Teil von Verträgen ohne Gehilfen abgeschlossen wird, so werden doch ebenso oft Vertragsverhandlungen und Abschlüsse mit einem solchen geführt. Eine Änderung nur des § 823 BGB. würde deshalb keine vollständige Regelung darstellen[405]), da

---

400) Dies kennt nur das ALR. in I 5 § 284.

401) Wie schon oben gezeigt (vgl. oben S. 20 ff.) ist in vielen ausländischen und auch in deutschen landesrechtlichen Gesetzbüchern die Deliktshaftung so ausgebaut worden, daß es eine Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß nicht gibt. —

402) Eine ausführliche Darstellung der ausländischen Gesetze und auch der landesrechtlichen Kodifikationen findet man bei Heldrich a. a. O.

403) Mühlich a. a. O. S. 18 sagt daher mit Recht: „Es dürfte niemand geben, der eine solche klare Lösung, mag sie auch mit Rücksicht auf die billigen Interessen beider Vertragsparteien und in Hinblick auf die Eigenart der deutschen Bedürfnisse noch besonders qualifiziert werden müssen, etwa nicht begrüßen würde.

404) § 2 der Satzung des Nationalsozialistischen Arbeitervereins bestimmt: „Dieses Programm ist unabänderlich" (Beschluß der General-Mitgliederversammlung v. 22. Mai 1926).

405) Abgesehen auch davon, daß der Entlastungsbeweis in der Praxis erschwert wird.

dann § 831 BGB. notwendigerweise Anwendung finden müßte, während § 278 BGB. unanwendbar wäre. Dann wäre aber auch der Entlastungsbeweis des § 831 BGB. möglich. Wenn aber das neu zu schaffende Recht in Anlehnung an bereits bestehendes ausländisches Recht[406]) ebenfalls einen allgemeinen Rechtssatz einführt, der für jede schuldhafte Verletzung Ersatzverpflichtung vorschreibt und dann noch die Haftung aus § 278 BGB. und § 831 BGB. ausgleicht, so kann es das Vertragsrecht völlig mit dem Rechte der unerlaubten Handlung gleichstellen. Dann kann auch weiterhin die Haftung für positiven Schaden auf die allgemeine Sorgfaltspflicht, nicht auf das Einzelschuldverhältnis gegründet werden. Verletzt ist ein Glied der Gemeinschaft, dessen Schaden von dem Verletzer ersetzt werden muß, ganz gleichgültig, ob überhaupt vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien bestehen oder nicht, oder aber ob er sich eines Gehilfen bedient oder nicht. Ein Entlastungsbeweis im Sinne von § 831 BGB. wäre überhaupt nicht denkbar, weil dies dem Gemeinschaftsgedanken widersprechen würde. Die Einführung eines solchen würde auch nur dem wirtschaftlich Starken nützen, während der wirtschaftlich Schwache, der allein arbeiten muß, nur benachteiligt würde[407]) [408]).

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in dieser Weise geändert sein wird, gehört die Lehre mit allen ihren Streitfragen endlich der Vergangenheit an. Es ist dann nicht mehr nötig, stillschweigend abgeschlossene Verträge zu konstruieren, um dem Verletzten den erlittenen Schaden zu ersetzen. Solange dies aber noch nicht geschehen ist, sind wir gezwungen, die Lehre noch anzuwenden. Rechtsprechung und Schrifttum haben sie so entwickelt, daß sie mit nationalsozialistischer Rechtsanschauung vereinbar ist. Nur wenn sie zur Anwendung kommt, soll sie dazu dienen, Gesetzeslücken auszufüllen, um Härten zu vermeiden. Nicht aber soll sie herangezogen werden, wenn andere Rechtsfiguren ebenso helfen. Stets aber wird die Lehre ihre Bedeutung als geschichtliche Grundlage des neuen Rechts behalten, nicht zum geringsten deshalb, weil sie die Überwindung des individualistischen Denkens in allen Entwicklungsstadien aufzeigt.

406) Das eine Unterscheidung der Haftung für Verrichtungsgehilfen und Erfüllungsgehilfen nicht kennt, sondern beide einander gleichsetzt, so z. B. a. 1384 cc.

407) s. auch Berger a. a. O. S. 55 ff.

408) Wegen des Haftungsmaßstabes vgl. S. 77 Anm. 330.

Lebenslauf.

Am 15. August 1909 wurde ich als Sohn des Volksschulrektors Roland Schultz und seiner Ehefrau Frieda, geb. Winkelmann, in Berlin geboren. Nach Besuch der Luisenstädtischen Oberrealschule in Berlin erhielt ich Michaelis 1930 das Reifezeugnis. Daraufhin studierte ich Rechtswissenschaften an der Friedrich-Wilhelm-Universität in Berlin und anschließend bis zur Ablegung des ersten juristischen Staatsexamens am 22. Juni 1935 in Marburg a. d. Lahn. Am 20. Dezember 1937 bestand ich vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg die mündliche Doktorprüfung.